PRB 00-41E

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

BULK WATER REMOVALS, WATER EXPORTS AND THE NAFTA

David Johansen
Law and Government Division

20 February 2001

PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE

The Parliamentary Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

101-05645/

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

CONSTITUTIONAL FRAMEWORK 2

FEDERAL WATER POLICY OF 1987 3

BILL C-156: CANADA WATER PRESERVATION ACT 4

INTERNATIONAL TRADE CONSIDERATIONS 5
A. Water in its Natural State; Water as a Good 5
B. Exports of Water as a Precedent 13
C. Bulk Water Removal and NAFTA Chapter 11 16

MOTIONS, PRIVATE MEMBERS' BILLS AND QUESTIONS IN THE HOUSE OF COMMONS ON THE SUBJECT OF WATER EXPORTS 18

FEDERAL GOVERNMENT STRATEGY TO PROHIBIT THE BULK REMOVAL OF WATER FROM CANADIAN WATERSHEDS 21
A. Background 21
B. Proposed Amendments to the *International Boundary Waters Treaty Act* 24
C. Proposed Canada-wide Accord on Bulk Water Removals 27
D. Reference to the International Joint Commission 31

CONCLUSION 33

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BULK WATER REMOVALS, WATER EXPORTS AND THE NAFTA

INTRODUCTION

Canada is the largest single owner of fresh water resources in the world. This vast abundance of water has prompted some to advocate its export to water-poor regions, primarily the southwestern region of the United States. The debate over whether to export water from Canada has continued over the past three decades. Although the federal government's policy officially opposing large-scale exports has been in place since 1987, public fears nevertheless continue. These fears have been heightened by concerns of critics over the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and its predecessor, the Canada-United States Free Trade Agreement (FTA), which were not in place when the debate over water exports began.

Clashes continue over whether surface and ground water in its natural state (for example, in lakes and rivers) is subject to NAFTA obligations. Some argue that this is the case. At the same time, however, the governments of Canada, the United States and Mexico have expressly stated that the NAFTA does not apply to water in its natural state.

Critics of the *status quo* have called on the federal government to take action to deal with what they perceive to be a serious threat to our water resources. They contend that, not only should there be federal legislation placing an outright ban on large-scale water exports, but that there should also be an explicit amendment to the NAFTA exempting water in its natural state from the obligations of the treaty, although the U.S. might not agree to this.

On 10 February 1999, in response to mounting calls from the Council of Canadians and others that the issue be dealt with, the federal government announced that it would develop a strategy – in consultation with all the provinces and territories – to prohibit the bulk removal of water from Canadian watersheds, whether for domestic purposes or for export. The announcement stressed that the strategy would focus on the protection of water in its natural state as a water management and environmental issue, rather than as a trade issue.

This paper will trace a number of major developments that have taken place in Canada in the past few years with respect to large-scale water exports and, more recently, with respect to bulk water removals, both within Canada and for export. The paper will also examine the issue of whether water is subject to international trade agreements such as the NAFTA.

CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

Under the Canadian Constitution, jurisdiction over water is divided between the federal and provincial governments, with some overlapping. The Constitution does not specifically mention water; however, it does deal with some water uses, such as navigation, fisheries and, more recently, electrical energy generation. Most questions of jurisdiction must be inferred from the Constitution's treatment of other issues such as property rights, foreign relations, and international trade. Because the use of water resources has both national and provincial implications, both levels of government may lay claim to legislative competence within their respective spheres.

The provinces generally have authority over the natural resources within their boundaries. Their jurisdiction over water derives from specific clauses in the Constitution that assign them jurisdiction over such matters as property and civil rights within the province (section 92(13)); the management and sale of public lands (section 92(5)); and matters of a local and private nature (section 92(16)). A 1982 amendment to the *Constitution Act, 1867* specifies that the provinces also have some jurisdiction over electricity-generating works (section 92A(1)(c)).

Although water is a natural resource, the provinces' considerable jurisdiction is limited by specific powers assigned exclusively to the federal government. Examples are federal authority over fisheries (section 91(12)); navigation and shipping (section 91(10)); the regulation of trade and commerce (section 91(2)); federal lands (section 91(1A)); Indians and lands reserved for Indians (section 91(24)); interprovincial works and undertakings (s. 92(10)(a)); works "for the general Advantage of Canada" (section 92(10)(c)); and "Peace, Order and good Government" (section 91 opening paragraph). The federal government also has responsibilities for boundary and transboundary waters.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

As a result of the constitutional division of powers, a water export scheme would succeed only with the support and cooperation of both levels of government. Except with respect to federally owned or administered lands, the provinces possess a proprietary interest in the water resources within their boundaries and thus have both legislative and proprietary rights to deal with them. These rights are subject to federal authority in certain specified areas, however. For example, an emergency or national interest would justify federal intervention on the basis of the residual power granted by the "Peace, Order and good Government" clause of the federal declaratory power. Where water is exported from a province, the federal government necessarily becomes involved.

FEDERAL WATER POLICY OF 1987

The then federal Minister of the Environment, the Hon. Tom McMillan, stated the federal government's position on water exports when its water policy was announced in November 1987.(1)

The Minister noted that, although Canadians have an abundance of water, most of it is not in the populated areas of the country, where it is needed and, in those populated areas where it is plentiful, water is fast becoming polluted and unusable. The overall problem is compounded by drought in certain regions of Canada. This is why the Minister stressed that the Government of Canada was emphatically opposed to large-scale exports of our water. Moreover, he pointed out that the inter-basin transfers necessary for such exports would inflict enormous harm on both the environment and society, especially in the North, where the ecology is delicate and where the effects on native cultures would be devastating.

The federal water policy states that, insofar as water exports are concerned, the federal government will take all possible measures within the limits of its constitutional authority to prohibit the export of water by inter-basin diversions, and strengthen federal legislation to the extent necessary to implement this policy fully.(2) This federal water policy continues to apply at the current time.

---

(1) Canada, Environment Canada, *Federal Water Policy*, 1987.

(2) *Ibid.*, p. 24.

BILL C-156: CANADA WATER PRESERVATION ACT

On 25 August 1988, the then Minister of the Environment, the Hon. Tom McMillan, tabled in the House of Commons Bill C-156, the Canada Water Preservation Act.[3] The Minister stated that he was tabling the bill to give legal force to the federal government's commitment, expressed in its water policy announced in November 1987, that it would oppose large-scale water exports from Canada. Within weeks of its introduction and before it could be considered by a parliamentary committee, the bill died on the *Order Paper* when Parliament was dissolved on 1 October 1988 on the call for an election.

Had it been enacted into law, Bill C-156 would have prohibited the export from Canada of outright large-scale freshwater exports, such as those involving inter-basin transfers between river systems, and strictly regulated small-scale exports, such as those involving shipments by tanker or pipeline. Very small-scale exports, such as water used in manufactured goods and bottled or packaged water, would not have been affected by the legislation.

The bill, which would have been binding on not only the private sector but all levels of government, would have provided for the creation of federal-provincial agreements for licensing small-scale exports. The Governor in Council would have been granted broad regulation-making powers respecting licences, such as:

- the procedure to be followed in applying for and issuing licences;
- their duration, renewal, revocation and suspension;
- fees;
- the criteria to be used in deciding whether to issue or renew licences; and
- public hearings and disclosure of information in connection with the issuance, renewal, revocation or suspension of licences.

The Governor in Council would also have been granted the power to exempt from the licensing requirement, by order, "the exportation or diversion of water in the circumstances set out in the order." The above provision would have allowed very small exports to be exempt from regulation, but would in no way have sidestepped the prohibition on large-scale exports.

---

(3) Bill C-156, the Canada Water Preservation Act (Second Session, Thirty-third Parliament).

No export licence would have been granted under the bill without a thorough environmental assessment.

The bill also contained detailed enforcement proposals and would have provided for penalties of up to $1 million and three months in jail for violators.

INTERNATIONAL TRADE CONSIDERATIONS

The issue of whether water is subject to international trade agreements such as the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the World Trade Organization's (WTO) Agreements, for example, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), has been raised on a number of occasions. The Department of Foreign Affairs and International Trade, in a paper entitled *Bulk Water Removal and International Trade Considerations*,[4] has identified three separate but related issues that arise from that question. They are as follows: whether these trade agreements apply to water; whether allowing the removal and export of some water creates a precedent, compelling Canada or a province to allow the removal and export of all water; and the relationship between bulk water removal and chapter 11 (investment) of the NAFTA. Each of these issues will be examined in turn.

A. Water in its Natural State; Water as a Good

A contentious issue that continues to be debated is whether the United States is entitled under the NAFTA (and was previously under the FTA, which contained similar provisions) to a share of Canada's fresh water supply. The NAFTA generally prohibits restrictions on the exportation of goods. Much of the controversy therefore centres on whether water in its natural state is a "good" under the terms of the agreement. It appears that there has never been any doubt that the NAFTA applies to water in containers such as bottles or water used in manufacturing a product such as a soft drink, because in those cases the water has clearly been transformed into a "good."

Article 201 (definitions of general application) of the NAFTA defines "goods of a Party" as follows:

---

(4) Canada, Department of Foreign Affairs and International Trade, *Bulk Water Removal and International Trade Considerations*, 16 November 1999.

> **goods of a party** means domestic products as these are understood in the *General Agreement on Tariffs and Trade* or such goods as the Parties may agree, and includes originating goods of that Party.

The FTA similarly defined "goods of a Party" as meaning "domestic products as these are understood in the *General Agreement on Tariffs and Trade*" (GATT), which categorizes its products in its Harmonized Commodity Description and Coding System. The system contains a tariff item for water, which reads as follows:

> 22.01 waters, including natural or artificial waters and aerated waters, not containing added sugar or other sweetening matter nor flavouring; ice and snow.

An explanatory note states that the heading item covers "ordinary natural water of all kinds (other than sea water). Such water remains in this heading whether or not it is clarified or purified."

On the above basis, critics such as Wendy Holm (an agricultural economist who has written numerous articles on water and free trade) and the Council of Canadians (a citizens' watchdog organization founded in 1985 which came to prominence in its fight against free trade) argue that all natural water other than sea water is treated as a "good" under the NAFTA. Ms. Holm contends that, based on the above definition, the United States (and possibly Mexico) has "unprecedented and irrevocable access rights to Canada's water resources in perpetuity."[5]

The above position is, however, contrary to that taken by the federal government and a number of others. For example, Jon Johnson, the author of *The North American Free Trade Agreement: A Comprehensive Guide*,[6] in referring to the NAFTA article setting out

---

(5) For particulars regarding Ms. Holm's arguments contending that Canadian control of water resources is compromised by the terms of the NAFTA, see: Wendy Holm, "Water and Free Trade," Chapter 1 (p. 1-27) in *NAFTA and Water Exports*, Canadian Environmental Law Association, October 1993. See also, Barry Appleton, Chapter 25, "Frequently-Raised Concerns on the NAFTA," *Navigating NAFTA: A Concise User's Guide to the North American Free Trade Agreement*, Carswell, 1994; Mr. Appleton also is of the view that the NAFTA applies to ground and surface fresh water in its natural state. In a specific heading entitled "Water," Mr. Appleton discusses what he considers to be the effects of the NAFTA on our water resources (p. 201-205). As well, see West Coast Environmental Law, *Legal Opinion commissioned by the Council of Canadians re: Water Export Controls and Canadian International Trade Obligations*, 17 August 1999.

(6) Jon R. Johnson, *The North American Free Trade Agreement: A Comprehensive Guide*, Canada Law Book Inc., 1995.

relevant definitions and certain other articles respecting national treatment, import and export restrictions, and export taxes, states:

> The key to determining the scope of these provisions is the use of the word "product." As the GATT does not define "product," the meaning of this word is its ordinary meaning, which is "something that is produced." For a thing to be produced, something must be done to it. It must be extracted, harvested, collected, stored, graded, transported, refined, processed, assembled, packaged, or somehow transformed into an article of commerce. Unexploited resources such as oil or gas in the ground or water in lakes, rivers or aquifers are not "products" and therefore are not subject to these or any other NAFTA provisions. There is nothing in NAFTA by which a NAFTA country can be compelled to exploit and sell a resource. The governments of the NAFTA countries expressly confirmed this point with respect to water in a joint declaration issued in December 1993. Once a resource is exploited by being extracted or collected, it becomes a product and is subject to these and other NAFTA provisions.(7)

In a 1993 article, Sophie Dufour presented a detailed analysis of the legal impact of the NAFTA's predecessor, the FTA, on Canadian water exports.(8) Ms. Dufour maintained that under the FTA, which contained a similar definition of a "good" for purposes of that agreement, natural water could become a "product" within the meaning of that definition only "by being collected, stored, bottled, or otherwise packaged and so on." Conversely, she maintained that water in a natural river, lake or in the ground, has not been "produced" within the literal meaning of that word and therefore, "does not constitute a 'product' under the GATT nor a 'good' for the purpose of the definition section in the FTA." Ms. Dufour noted that this interpretation was clearly confirmed when considered in the context of the GATT as a whole. She pointed out that, in this regard, while water as a beverage has long been covered by international trading rules (including those stipulated in the GATT and to which Canada itself subscribes), water in its free-flowing state "has never been contemplated and there is no indication at the present time that it ever will."(9)

---

(7) *Ibid.*, p. 109-110.

(8) Sophie Dufour, "The Legal Impact of the *Canada-United States Free Trade Agreement* on Canadian Water Exports," (1993), 34 *Les Cahiers de Droit* 705. After analyzing at length the legal effects of the FTA on Canadian water resources, Ms. Dufour concluded that there was nothing in the deal to suggest that Canada had in any way conceded future access to its water resources to the United States.

(9) *Ibid.*, p. 742.

The federal government has consistently taken the position that the NAFTA does not apply to water in its natural state. In August 1992, it released *The NAFTA Manual* to provide an overview of the then proposed NAFTA. The document contained the following statement on the subject of water resources:

> CANADA'S WATER RESOURCES – A SUMMARY
>
> Like the Canada-U.S. Free Trade Agreement (FTA), the NAFTA does not apply to large-scale exports of water.
>
> As in the FTA, only water packaged as a beverage or in tanks is covered in the NAFTA.
>
> Water was not discussed during the NAFTA negotiations with the United States and Mexico.
>
> Large-scale exports of water, either by inter-basin transfer or diversion, are contrary to the 1987 federal water policy.
>
> THE NAFTA WILL NOT AFFECT WATER EXPORTS
>
> Canada's legislation to implement the FTA already states clearly that the FTA does not apply to water, except in the case of water packaged as a beverage or in tanks. Similar provisions will be included in the NAFTA implementing legislation.
>
> There never has been, nor will there be, any negotiation or provision for large-scale exports of water to another country.

In his appearance in 1993 before the House of Commons Legislative Committee on Bill C-115 (NAFTA implementation), Mr. Konrad von Finkenstein, then the Assistant Deputy Attorney General, Department of Justice, stated in part:

> … if you trade water in its natural state you put in tanks, or bottles, or something and sell me fresh water that you've taken out of a well or something like that, then you are indeed trading in water and it's then a good and is covered by the GATT, by the FTA, or by the NAFTA. But that's a good you're trading…
>
> Water is no different from any other resource. Take a forest, for instance. There's nothing in the NAFTA, the FTA, or the GATT that

> forces us to cut our trees down, etc. – you have to play by the rules. You can't protect your domestic industry, etc. And the same applies with water, you don't have to trade or anything with it."[10]

A provision similar to that in the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*[11] was included in the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*.[12] The latter provides in section 7 that:

> 7. (1) For greater certainty, nothing in this Act or the Agreement, except Article 302 of the Agreement, applies to water.
>
> (2) In this section, "water" means natural surface and ground water in liquid, gaseous or solid state, but does not include water packaged as a beverage or in tanks.

In other words, according to Canada's domestic legislation implementing the NAFTA in Canada, none of the NAFTA provisions, other than Article 302 (tariff elimination), applies to natural surface or ground water.

Critics such as Wendy Holm and the Council of Canadians contend that section 7 of the implementing legislation is insufficient protection without an amendment to the NAFTA itself and that only such an explicit exemption can protect Canada's water resources from U.S. interests. These critics claim that the domestic legislation is not binding on NAFTA panels and that currently the Agreement itself would be given precedence over domestic legislation.

On 3 and 4 April 1993, the Victoria *Times-Colonist* devoted its lead weekend editorials to the NAFTA and water resources. It stated that the testimony of Ms. Holm in her appearances before the House of Commons Subcommittee on International Trade and the British Columbia Select Standing Committee on Economic Development, Science, Labour, Training and Technology, "shows clearly that under NAFTA, water will be treated as a 'good,' subject to the same rules as the other 'goods and services' under the FTA and the NAFTA." The newspaper quoted Ms. Holm as stating that an earlier statement by then Trade Minister Michael Wilson had been "untrue and misleading" in claiming that water had been specifically removed from the

---

(10) Canada, House of Commons, Legislative Committee on Bill C-115 (Third Session, Thirty-fourth Parliament), *Minutes of Proceedings and Evidence*, 5 May 1993, Issue No. 6, p. 15-16.

(11) S.C. 1988, c. 65.

(12) S.C. 1993, c. 44.

NAFTA. With respect to how Canada could "retain sovereignty over its water resources," the newspaper noted that Ms. Holm had suggested that:

> First, Canada negotiate an explicit NAFTA[13] exemption for water in "other than bottled form."...
>
> Second, Canada enter into a Memo of Understanding with the U.S. that specifically limits the terms of the FTA to only "bottled water."
>
> Third, the Canadian Water Preservation Act [Bill C-156] shelved by the Conservatives in 1987 must be reintroduced and passed to, as Holm puts it, "establish a framework for a sound and sovereign water policy."

The newspaper urged Canadians to "let their M.P.s know, emphatically, that Canada must retain control over this precious resource."

In a column in the same newspaper on 2 May 1993, the Trade Minister responded as follows to the newspaper's editorials on the NAFTA and water resources:

> Your April 3 editorial, "NAFTA and Water (1): basic resource at risk," lends credence to fundamental misinterpretations of the NAFTA and the GATT that your newspaper should clear up for its readers as a much needed public service.
>
> The argumentation of Wendy Holm and others turns on a false premise: that natural water of all kinds is a "good" and hence subject to the national treatment obligations of the NAFTA. This is a fundamental misreading of the agreement. No matter how many detailed provisions from the NAFTA and the GATT are quoted out of their treaty context, it doesn't change the facts. (To take one example: because something is indexed in the GATT Harmonized Commodity Coding System itself imposes no obligations whatsoever respecting purchase or sale, import or export.)...
>
> Water in its natural state is not covered by the NAFTA, the FTA, the GATT, or any other trade agreement. Lakes, rivers, or aquifers are simply not goods or products, any more than are the fish swimming in them or the oil and gas trapped under them.

---

(13) The NAFTA was not yet in force at that time.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> Trade agreements only cover water as a "good," that is, only when water has entered into commerce as a product. Canada's growing exports of water products benefits from such coverage.
>
> And there is absolutely nothing in the NAFTA or any other trade agreement that forces Canada to either exploit its water for commercial use, or to export its water.
>
> . . .
>
> Why did we not dispel any lingering doubt by simply exempting water from the agreement? The answer is plain. There is no exemption for water in the NAFTA because it is not necessary to insert an exemption from obligations that do not exist. To do so would throw into doubt whether obligations exist for other natural resources in their natural state, such as trees in the ground, where clearly no such obligations exist either.
>
> The bottom line is that Canadian governments, both now and under the NAFTA, have the freedom of action required to regulate the exploitation of our water resources. And until it is exploited and entered into commerce as a good, water is not covered by the NAFTA or any other trade agreement.

Following the federal election and the coming into power of the new Liberal government in October 1993, Prime Minister Chrétien announced on 2 December 1993 that the government had secured significant improvements in various areas with respect to the NAFTA and was now prepared to proceed with implementing the agreement on 1 January 1994. In response to concerns that the NAFTA could force Canada to export water, the Prime Minister then announced the following Canada-United States-Mexico declaration on water:

> STATEMENT BY THE GOVERNMENTS OF CANADA, MEXICO AND THE UNITED STATES
>
> The governments of Canada, Mexico and the United States, in order to correct false interpretations, have agreed to state the following jointly and publicly as Parties to the North American Free Trade Agreement (NAFTA):
>
> - The NAFTA creates no rights to the natural water resources of any Party to the Agreement.
> - Unless water, in any form, has entered into commerce and become a good or product, it is not covered by the provisions of

> any trade agreement, including the NAFTA. And nothing in the NAFTA would oblige any NAFTA Party to either exploit its water for commercial use, or to begin exporting water in any form. Water in its natural state in lakes, rivers, reservoirs, aquifers, waterbasins and the like is not a good or product, is not traded, and therefore is not and has never been subject to the terms of any trade agreement.
>
> - International rights and obligations respecting water in its natural state are contained in separate treaties and agreements negotiated for that purpose. Examples are the United States-Canada Boundary Waters Treaty of 1909 and the 1944 Boundary Waters Treaty between Mexico and the United States.

According to the press release from the Prime Minister's Office, the statement by the three governments made it clear that, contrary to earlier concerns, the NAFTA could not force Canada to export water.[14]

More recently, in November 1999, the Department of Foreign Affairs and International Trade addressed this issue in its paper on bulk water removal and international trade considerations to which reference was earlier made:

> Some observers have suggested that, because Canada's .... tariff schedule includes "natural waters" as a tariff heading, this means that all water must be considered to be a good. This is a mistaken view of the tariff schedule. The tariff schedule does not define what is a good; it merely provides an organizational structure for the purposes of tariff negotiations and customs administration. In other words, it does not tell us if and when water is a good; it only tells us that when water is classified as a good, it falls under a particular tariff heading.
>
> Water in its natural state can be equated with other natural resources, such as trees in the forest, fish in the sea, or minerals in the ground. While all of these things can be transformed into saleable commodities through harvesting or extraction, until that crucial step is taken they remain natural resources and outside the scope of trade agreements.

The department pointed out that the NAFTA countries had reinforced this viewpoint in their December 1993 joint statement noted above and that furthermore, the International Joint Commission (IJC) stated in its report on the protection of the waters of the

---

(14) Government of Canada, Office of the Prime Minister, "Prime Minister Announces NAFTA Improvements; Canada to Proceed with Agreement," Press Release, 2 December 1993.

Great Lakes that, "it would appear unlikely that water in its natural state (e.g., in a lake, river, or aquifer) is included within the scope of these trade agreements since it is not a product or a good..."

In short, there continues to be a great deal of controversy about whether water in its natural state is considered a "good" for purposes of the NAFTA and is therefore covered under the agreement. According to the government and a number of other observers, water does not become a good under the NAFTA and other international trade agreements until it is removed from its natural state and transformed into a saleable commodity, such as bottled water or water that has been used as an ingredient in manufacturing a product. However, as seen above, a number of critics disagree.

B. Exports of Water as a Precedent

The Department of Foreign Affairs and International Trade (in its paper on bulk water removal and trade considerations) identified a second issue as arising from the question of whether water is subject to international trade agreements, such as the NAFTA and the GATT. This second issue is whether allowing some water to be extracted from lakes, rivers, etc., and to be put into commerce as a good, including for export, would create a precedent requiring that all other requests to extract water and transform it into a good for commercial purposes, including for export, be granted anywhere in Canada. In other words, if one project for the bulk export of water were allowed, would this open the floodgates of water generally? Could we "turn off the tap?"

According to the department,[15] nothing in Canada's international trade obligations would require that future projects for the removal of water for bulk exports be given approval, just because other projects had been approved. The department points out that Canadian governments, federal and provincial, retain full sovereignty over the management of Canadian water in its natural state. The department notes that any possible precedent from a water export project would be limited to the jurisdiction involved and would arise from the particular legislation that permitted removal for export, and not from trade agreements.

---

(15) The following information concerning the federal government's position on the issue is taken from: Canada, Department of Foreign Affairs and International Trade, *Questions and Answers (Trade)*. These questions and answers were prepared as part of a package of materials on Bill C-6, an Act to amend the International Boundary Waters Treaty Act (First Session, Thirty-seventh Parliament), 2001.

The department maintains that the NAFTA does not require all provinces to adopt the same regulatory regime. It merely requires that each province, within its regulatory regime, not treat foreign goods or investors less favourably than it treats its own goods or investors. Hence, according to the department, if one province's legislation permitted removal of water and a project were to be approved, other provinces could still have legislation that prohibited removal of water without running afoul of national treatment obligations.(16)

The department further notes that within a province that did permit removal of water, future applications for approval to remove water would still have to be considered in light of the legislation (including environmental assessment requirements in the particular province), and in accordance with principles of administrative law, such as fairness and reasonableness, and without discriminating between applicants on the basis of nationality.

In short, because it contends that water in its natural state is not a good for the purposes of the NAFTA or other international trade agreements, the Department of Foreign Affairs and International Trade maintains that, from the standpoint of trade obligations, the fact that a government in Canada has allowed the extraction and transformation of some water into a good, including for export, does not mean it (or another government within Canada) must allow the extraction and transformation of other water into a good in the future.

The above view is reinforced by legal opinions of trade experts received by the International Joint Commission during its study on the protection of the waters of the Great Lakes. In its final report,(17) the Commission summarized the thrust of those opinions in part as follows:

> The provisions of the NAFTA and the WTO agreements do not prevent Canada and the United States from taking measures to protect their water resources and preserve the integrity of the Great Lakes Basin ecosystem where there is no discrimination by decision-makers against individuals from other countries in the application of those measures.

---

(16) On the issue of national treatment under the NAFTA, see the subsequent discussion in this paper under the heading entitled "Bulk Water Removal and NAFTA Chapter 11."

(17) International Joint Commission, *Protection of the Waters of the Great Lakes: Final Report to the Governments of Canada and the United States*, 22 February 2000. Pages 32-34 of the report deal with trade issues.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> NAFTA and the WTO agreements do not constrain or affect the right of a government to decide whether or not it will allow natural resources within its jurisdiction to be exploited and, if a natural resource is allowed to be exploited, the pace and manner of such exploitation.
>
> Moreover, even if there were sales or diversions of water from the Great Lakes Basin in the past, governments could still decide not to allow new and additional sales or diversions in the future.[18]

Nevertheless, certain observers who contend that the NAFTA applies to water in its natural state in lakes, rivers, etc., argue otherwise. For example, the Council of Canadians, in its *Fact Sheet # 1: Trade*, states in part:

> How the Rules of NAFTA Apply to Water:
>
> National Treatment means that American and Mexican companies must be treated like Canadian companies in access to goods and markets. Trading water cannot be limited to Canadian companies nor can we place limits on how it is traded, how much is traded or with whom it is traded.
>
> Proportionality means that as long as there is a drop of water left we can never end water exports regardless of the environmental effects in Canada or the needs of Canadians.
>
> Investor-State suits allow investors from outside Canada to sue the Canadian government should we pass a law that interferes with its ability to make profits now or in the future. The process is secret and companies could even sue if they were considering investing in an enterprise affected by new legislation.
>
> .....
>
> ...and once the tap is turned on, we won't be able to turn it off – no matter what other environmental consequences we discover down the road.
>
> .....

---

(18) *Ibid.*, p. 33.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> The federal government has asked the provinces to declare a temporary ban on exporting water. If even one province gives in to corporate promises, all of Canada is committed to trade water.

In the same *Fact Sheet*, the Council of Canadians argues, among other things, that the government must "enact legislation prohibiting large-scale water exports" as well as "open negotiations to exempt water from NAFTA or, preferably, sink the deal."

C. Bulk Water Removal and NAFTA Chapter 11

A third issue identified by the Department of Foreign Affairs and International Trade as arising from the question of whether water is subject to the NAFTA is the relationship between bulk water removal and chapter 11 of the Agreement. Chapter 11 applies to measures adopted or maintained by a NAFTA country relating to investors, and investments of investors, of another NAFTA country in its territory. As well, chapter 11 provides a mechanism for dealing with investor-state disputes relating to a NAFTA country's alleged breach of obligations under chapter 11. The department has identified two principal obligations of chapter 11 most often cited as being relevant to bulk water removals: providing national treatment; and paying compensation in cases of expropriation.

The national treatment obligation of the NAFTA (Article 1102) requires that any measure adopted by Canada, relating to an investor of another NAFTA country, must accord treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to its own domestic investors. The same applies to investments of an investor of another NAFTA country. It is the department's view that a regulatory measure relating to an investor of another NAFTA country (or an investment of an investor of such a country) would be consistent with the national treatment obligation if it prohibited the bulk removal of water from water basins in a manner that did not discriminate between investors, in like circumstances, on the basis of nationality. The department therefore contends that Canada's proposed strategy to prohibit the bulk removal of water from Canadian watersheds, whether for domestic purposes or export, is in keeping with the above obligation. The strategy is discussed subsequently in this paper.

The NAFTA also provides, in section 1110, that no Party to the agreement may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party, or take measures tantamount to expropriation, unless it meets certain criteria, including the payment of compensation. A claim for compensation could, however, only arise where there was an

investment that had been expropriated. The department maintains that a regulatory measure designed to conserve and manage water resources, such as outlined in the government's strategy to prohibit the bulk removal of water from Canadian watersheds, should not constitute an expropriation. According to the department, "Any claim for compensation would have to be examined in light of the details of the individual case."

It is in the context of chapter 11 of the NAFTA that a U.S. firm – Sun Belt Corporation – has launched an action against the Canadian government. The background of the case has been described elsewhere[19] as follows. In 1986, the British Columbia government decided to allow entrepreneurs to export fresh water from its coastal streams by marine tanker, but not diversion from its interior rivers. Several applicants received licences (mostly for small water volumes) and proceeded to seek foreign markets. When the first of these, Snowcap, joined forces with the Sun Belt Corporation to supply water to the tiny California town of Goleta, the province found itself embroiled in controversy. Environmentalists were concerned because a flood of new export applications resulted from the apparent success of Snowcap/Sun Belt, many wanting to extract water from the same coastal inlet. The possible precedent and cumulative effect led to the province in 1991 placing a moratorium on all new or expanded licensing for export. This resulted in Snowcap/Sun Belt being unable to sign its contract with the town of Goleta. Four years later, the new B.C. government enacted legislation in the form of the B.C. *Water Protection Act* making the prohibition permanent, both for bulk removal from the province and for diversion between the province's major watersheds. Subsequently, Sun Belt lodged a complaint under the NAFTA that Canada violated its rights, on the basis that the province had settled on compensation with its Canadian partner (Snowcap) but not with itself.

The case has been pending since 1999 and arbitration has not yet started. The Canadian government – which takes the position that the Sun Belt Corporation has not satisfied the prerequisites for triggering the arbitral process – says that it cannot speculate on Sun Belt's next steps.[20]

---

(19) As described in: Frank Quinn and Jeff Edstrom, "Great Lakes Diversions and Other Removals," *Canadian Water Resources Journal*, Volume 25, p. 125-151 at 140 (June 2000).

(20) Canada, Department of Foreign Affairs and International Trade, *Questions and Answers (Trade)*, Materials prepared in relation to Bill C-6, An Act to amend the International Boundary Waters Treaty Act (First Session, Thirty-seventh Parliament), 2001.

MOTIONS, PRIVATE MEMBERS' BILLS AND QUESTIONS IN THE HOUSE OF COMMONS ON THE SUBJECT OF WATER EXPORTS

Issues concerning water exports have been raised on numerous occasions in the House of Commons. A number of examples are presented below.

In several Parliaments, Mr. Nelson Riis, M.P., introduced a Private Member's bill to prohibit the export of water by inter-basin transfers. The most recent of these, Bill C-249, the Canada Water Export Prohibition Act, was introduced in the House of Commons on 19 October 1999. The bill died on the *Order Paper* with the dissolution of Parliament.(21)

Had the bill been enacted into law, no person would have been permitted to export water from Canada by inter-basin transfers. The Minister of the Environment would have been required to take such measures as would have been necessary to prevent the export of water by inter-basin transfers. For the purpose of facilitating the formulation of policies and programs with respect to inter-basin transfers within Canada, the Minister could – with the approval of the Governor in Council – have entered into an arrangement with one or more provincial or territorial governments:

> (a) to conduct research on the effects of inter-basin transfers;
> (b) to maintain continuing consultation on inter-basin transfers; and
> (c) to formulate and coordinate the implementation of inter-basin transfer policies and programs.

As well, any person could have applied for judicial review of the Minister's exercise or non-exercise of any power or fulfilment or non-fulfilment of any duty conferred or imposed on the Minister by the bill, whether or not the person applying for it was affected or had suffered damages.

A similar bill, Bill C-205, the Canada Water Export Prohibition Act, was introduced in the House of Commons on 2 February 2001 by Mr. Pat Martin, M.P.(22)

---

(21) Bill C-249, the Canada Water Export Prohibition Act, First Reading 19 October 1999 (Second Session, Thirty-sixth Parliament). Other similar bills introduced by Mr. Riis in earlier Parliaments include Bill C-202 (First Session, Thirty-fifth Parliament); Bill C-232 (Second Session, Thirty-fifth Parliament); Bill C-404 (First Session, Thirty-sixth Parliament).

(22) Bill C-205, the Canada Water Export Prohibition Act, First Reading 2 February 2001 (First Session, Thirty-seventh Parliament).

In both sessions of the Thirty-sixth Parliament, Mr. Clifford Lincoln, M.P., introduced a Private Member's bill in the House of Commons on the subject of water exports. The most recent of these was Bill C-410, the Canada Water Export Prohibition Act, which received first reading on 16 December 1999; the bill subsequently died on the *Order Paper* with the dissolution of Parliament.(23) For purposes of the bill, "water" meant surface and ground water, but did not include water packaged as a beverage. Had the bill been enacted into law, it would have provided that, despite any other Act of Parliament, no person would have been permitted to export water from Canada by pipeline, railway tank car, tank truck, tanker or inter-basin transfers. Every person who contravened the bill would have been guilty of an offence and liable: (a) on summary conviction, to a fine not exceeding $75,000; or (b) on conviction on indictment, to a fine not exceeding $250,000.

On 8 February 1995, Mr. Bill Gilmour, M.P., introduced the following motion which was debated in the House of Commons:

> That, in the opinion of this House, the government should support a policy that Canada's fresh water, ice and snow will be protected so that at all times and in all circumstances Canada's sovereignty over water is preserved and protected.

Following debate, the item was dropped from the *Order Paper*.(24)

On 9 February 1999, after debate, the House of Commons adopted the following motion of Mr. Bill Blaikie, M.P., as amended:

> That, in the opinion of this House, the government should, in co-operation with the provinces, place an immediate moratorium on the export of bulk freshwater shipments and inter-basin transfers and should introduce legislation to prohibit bulk freshwater exports and inter-basin transfers, and should not be a party to any international agreement that compels us to export freshwater against our will, in

---

(23) Bill C-410, the Canada Water Export Prohibition Act, First Reading 16 December 1999 (Second Session, Thirty-sixth Parliament). Mr. Lincoln's other similar bill on the subject was Bill C-485 (First Session, Thirty-sixth Parliament).

(24) For the debate regarding Mr. Gilmour's motion, see: Canada, House of Commons, *Hansard*, 8 February 1995 (First Session, Thirty-fifth Parliament), p. 9355-9362.

> order to assert Canada's sovereign right to protect, preserve and conserve our freshwater resources for future generations.[25]

On 15 May 1998, the Hon. Charles Caccia, M.P., asked the Minister of the Environment the following question in the House of Commons:

> In view of the latest proposal in Newfoundland to export water and considering the important non-commercial role water plays within its natural watershed in the maintenance of a healthy ecosystem, could the Minister of the Environment indicate whether she plans to introduce legislation this fall banning water exports.[26]

The then Minister of the Environment, the Hon. Christine Stewart, replied that she was very concerned for the security of Canada's freshwater resources. She stated that her department was reviewing the government's freshwater policy, which had been in place since 1987, and that, as part of the review, she would be meeting with the provinces in the summer of 1998 to set the federal government's priorities. She noted that, although no federal legislation currently legislated against the export of freshwater, one of the government's priorities could be to put such legislation in place.[27]

On 16 November 1998, Mr. Caccia once again posed a question to the Environment Minister in the House of Commons. He noted that he had asked the Minister in May 1998 whether she planned to introduce legislation to ban water exports and pointed out that it was now close to the end of 1998 and that there was "broad support" for the gap to be filled. Stating that "We know we can expect proposals in future for water exports," he asked the Minister when legislation to ban water exports would be introduced.[28]

Mr. Julian Reed, the Parliamentary Secretary to the Minister of Foreign Affairs, responded in part as follows:

---

(25) For the debate regarding Mr. Blaikie's motion, see: Canada, House of Commons, *Hansard*, 9 February 1999 (First Session, Thirty-sixth Parliament), p. 11607-11637, 11652-11675.

(26) Canada, House of Commons, *Hansard*, 15 May 1998 (First Session, Thirty-sixth Parliament), p. 7062.

(27) *Ibid.*

(28) Canada, House of Commons, *Hansard*, 16 November 1998 (First Session, Thirty-sixth Parliament), p. 10052.

> ...I want to go on record as saying the federal government is opposed to bulk water exports...
>
> Considerable progress has been made regarding consultation with provinces on options to deal with this matter. Both federal and provincial governments have a role to play in deciding the outcome. The government will lay out its strategy for a comprehensive approach to water exports later this year. I can assure my hon. friend we will proceed with the utmost caution.(29)

As noted subsequently in this paper, Mr. Caccia has continued to raise the issue of water exports in the House of Commons, calling for a federal legislative ban on bulk water exports.(30)

FEDERAL GOVERNMENT STRATEGY TO PROHIBIT THE BULK REMOVAL OF WATER FROM CANADIAN WATERSHEDS

A. Background

On 10 February 1999, the day after the House of Commons had adopted the motion of Mr. Bill Blaikie, M.P., referred to above, the then Foreign Affairs Minister, the Hon. Lloyd Axworthy, and the then Environment Minister, the Hon. Christine Stewart, announced a strategy to prohibit the bulk removal of water from Canadian watersheds, both within Canada and for export.(31) They pointed out that the strategy responded to Canadian concerns about the security of Canada's freshwater resources and was consistent with the motion adopted by the House of Commons the previous day. According to a press release, the strategy reaffirmed the government's long-standing position opposing bulk water removal and was consistent with the 1993 statement by the three NAFTA countries that, "unless water in any form has entered into commerce and become a good or product, it is not covered by the provisions of any trade agreement including the NAFTA." The strategy dealt with the protection of water in its natural state as a water management and environmental issue rather than as a trade issue.

---

(29) *Ibid.*, p. 10052-10053.

(30) For example, see: Canada, House of Commons, *Hansard*, 3 November 1999 (Second Session, Thirty-sixth Parliament), p. 1049; see also *Hansard*, 22 November 1999, p. 1591-1592; 1 March 2000, p. 4210; 3 April 2000, p. 5619-5620.

(31) Canada, Department of Foreign Affairs and International Trade, "Strategy Launched to Prohibit the Bulk Removal of Canadian Water, including Water for Export," Press Release, 10 February 1999.

LIBRARY OF PARLI..MENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Ms. Stewart stated:

> Canadians value their freshwater resources and want their governments to take action to protect them. That's why I have invited the provinces and territories to work with the federal government for the Canada-wide accord to prevent bulk water removal from our watersheds.

According to a government backgrounder released on the same date and entitled *A Strategy to Protect Canadian Water*:[32]

> The strategy recognizes that provinces have the primary responsibility for water management and that the Government of Canada has responsibilities under the Boundary Waters Treaty. Actions by territorial governments will also be important as they assume greater responsibility over water resource management. Joint participation is essential to develop and implement a permanent Canada-wide solution to bulk water removal.
>
> The strategy respects Canada's trade obligations because it focuses on water in its natural state (e.g., in rivers or lakes). Water in its natural state is not a good or product, and is not subject to international trade agreements. Nothing in the North American Free Trade Agreement or in the World Trade Organization agreements obliges Canada to exploit its water for commercial use or to begin exporting water in any form.

At the press conference announcing the strategy, the Foreign Affairs Minister was asked why, because international trade is clearly a federal responsibility, the federal government, could not, if it so wished, enact legislation banning the export of water from Canada. Mr. Axworthy responded in part as follows:

> But once you do that, once you start doing that then you make water into a tradeable commodity and it gets subject to all the trade rules going back to GATT of 1947. That to me is the anachronism of the approach that's being proposed by some other people, it's that they want to turn it into a tradeable commodity. We're saying there's a much more effective way of doing it and that is to treat it in its natural state. Therefore it's not subject to trade rules but you are still able to

---

(32) Canada, Department of Foreign Affairs and International Trade, *A Strategy to Protect Canadian Water*, backgrounder, 10 February 1999. Another backgrounder, entitled *Water Facts*, was released by the department on the same date.

> provide for the kind of management, prohibition and regulations that are required. That's the whole point, that's why I said I mean I think people are confusing it. The debate that took place over NAFTA was really a debate about whether we were obliged to export water... It wasn't in terms of a broad management system, it was were we obliged. The statement that was made in 1993 by the three NAFTA partners said there is no obligation for one country to export its water to another country under this agreement but the GATT rules still apply and they go back to 1947....

The federal strategy comprised three key elements:

- proposed amendments to the *International Boundary Waters Treaty Act*;
- a proposed Canada-wide accord on bulk water removals; and
- a joint Canada-United States reference to the International Joint Commission (IJC) to study the effects of water consumption, diversion and removal, including for export, from the Great Lakes.

Because the strategy specifically refers to "bulk water removal" as opposed to "water export," the obvious question is what is the difference between the two and why did the federal government adopt this particular approach? Environment Canada provided the following explanation.(33) The term "bulk water removal" broadly refers to large-scale removals of water by man-made diversions (such as canals), tanker ships or trucks, or pipelines. The water is not necessarily exported out of the country. According to the department, such removals have the potential, directly or cumulatively, to harm the health of a drainage basin. Small-scale removal, such as water in small portable containers, is not considered bulk. "Water export," on the other hand, refers to taking water and shipping it to other countries for profit – whether in bottles, by tanker or pipeline, or by man-made diversions, for example, diverting rivers and building canals. Environment Canada points out that the government uses the phrase "bulk water removal" (as opposed to "water export") in its strategy because:

---

(33) Canada, Environment Canada, *Background Information on Bulk Water Removal and Water Export*, and *Bulk Water Removals and Water Export – Frequently Asked Questions*, 2001.

> ... we are taking a comprehensive approach to guarantee the security of our freshwater resources. Since the removal and transfer of water in bulk from its natural drainage basin or watershed can result in similar ecological, social and economic impacts whether the water is destined for foreign markets, or for other destinations within Canada, this includes measures to prevent the bulk removal of water from major watersheds for any reason – whether for domestic purposes or for export.

Each of the components of the federal strategy to prohibit bulk water removal from Canadian watersheds will now be examined.

B. Proposed Amendments to the *International Boundary Waters Treaty Act*

On 22 November 1999, Bill C-15, an Act to amend the International Boundary Waters Treaty Act (Second Session, Thirty-sixth Parliament),[34] was introduced in the House of Commons by the then Minister of Foreign Affairs, the Hon. Lloyd Axworthy. The bill was debated at second reading on 20 October 2000 but subsequently died on the *Order Paper* with the election call and dissolution of the Thirty-sixth Parliament on 22 October 2000. A similar bill, Bill C-6, has been introduced in the new Parliament on 5 February 2001.[35]

The *International Boundary Waters Treaty Act*[36] was originally enacted to implement in Canada the Boundary Waters Treaty (1909)[37] which established the International Joint Commission (IJC) and provides mechanisms to resolve disputes, primarily those concerning water quantity and quality, along the Canada-U.S boundary. Through the Treaty, Canada and the United States are mutually obliged to protect natural levels and flows of waters shared by the two countries. Bill C-6 would amend the above Act to provide for a clearer Act and more effective implementation of the Treaty. The principal effect of the proposed amendments would be to generally prohibit the bulk removal of water out of the Canadian

---

(34) For background information on, and an analysis of, Bill C-15, see Canada, Library of Parliament, Parliamentary Research Branch, LS-353E.

(35) For background information on, and an analysis of, Bill C-6, see Canada, Library of Parliament, Parliamentary Research Branch, LS-383E.

(36) R.S.C. 1985, c. I-17 as amended.

(37) The Treaty appears as a schedule to the *International Boundary Waters Treaty Act*, R.S.C. 1985, c. I-17 as amended.

portion of boundary water basins between Canada and the United States. The bill would do this by deeming that the cumulative effect of such removal would alter the natural flow of water on the U.S. side of the border. The prohibition on boundary water removals would apply principally to the Great Lakes but would also affect other boundary waters, such as part of the St. Lawrence River, the St. Croix and Upper St. John Rivers, and the Lake of the Woods.

Although the provinces have primary responsibility for the management of water resources, the Boundary Waters Treaty gives the federal government clear jurisdiction over boundary waters to the extent stipulated in the Treaty. Only the federal government has the authority to fulfil the Treaty's obligations with respect to boundary waters.

On 23 November 1999, the day after Bill C-6's predecessor, Bill C-15, was introduced in the House of Commons, Mr. Bill Blaikie, M.P., in the House, drew the attention of the government to his motion that had been adopted on 9 February 1999 (referred to earlier) calling on the federal government to introduce legislation to place a ban on bulk water exports. Noting that the government bill did not accurately reflect this motion, Mr. Blaikie asked the government why it was now abandoning "its commitment to a national ban on bulk water exports … which it supported only short months ago… Why are the Liberals in full denial about the fact that they cannot act the way they said they would act because of NAFTA?" (emphasis added)[38]

The then Minister of Foreign Affairs, the Hon. Lloyd Axworthy, responded in part:

> … the legislation does provide for a prohibition of bulk water removal. What it does not do is follow the recommendation of the hon. Member and some of his party on the west coast, which is to turn this into a trade issue which would result in a series of trade actions that would totally impede the capacity of Canada to protect its waters. (emphasis added)[39]

The Department of Foreign Affairs and International Trade specifically addressed this issue in its background documentation on Bill C-6, and, previously, on Bill C-15. The government publicly stated its agreement that measures needed to be taken to protect the

---

(38) Canada, House of Commons, *Hansard*, 23 November 1999 (Second Session, Thirty-sixth Parliament), p. 1635.

(39) *Ibid.*

integrity of Canada's water resources but believed that this would be best achieved by its strategy of prohibiting bulk water removal from all major drainage basins in Canada. In the department's view, such a prohibition would be better than a ban on bulk water exports because "it is more comprehensive, environmentally sound, respects constitutional responsibilities and is consistent with Canada's international trade obligations... In this way water is protected before the issue of exporting arises." Water would be regulated in its natural state, before it has become a commercial good or saleable commodity. The department views this as an environmental protection measure of general application, aimed at preserving the integrity of ecosystems. It would protect water at its source from bulk removal outside the water basin by any party, Canadian or foreign.

In response to the argument that the government should place an export ban on bulk water exports from Canada, the department claims that this apparently quick and simple solution "does not focus on the environmental dimension, has possible constitutional limitations and may be vulnerable to a trade challenge." The department maintains that an export ban "would focus on water once it has become a good and therefore subject to international trade agreements. Because these agreements limit the ability of governments to control the export of goods, a ban on exports is likely to be contrary to Canada's international trade obligations. This contrasts sharply with the federal government's approach."[40]

During second reading debate on Bill C-15 (Bill C-6's predecessor) in the House of Commons, Mr. Blaikie, M.P., once again referred to his motion adopted by the House on 9 February 1999 calling on the federal government to place a ban on bulk water exports. Mr. Blaikie stated in part:

> This is a bill which aims to prohibit bulk water removals from boundary water basins only. This is a retreat from banning bulk water exports and this retreat is clearly, although the government will not say so, because of the North American Free Trade Agreement. The very language of removal tells the story. The Liberals refuse to use the word export because if they talked about water exports as opposed to water removal, then they would have a test case with respect to NAFTA because NAFTA deals with exports. (emphasis added)[41]

---

(40) Canada, Department of Foreign Affairs and International Trade, *Backgrounder: Amendments to the International Boundary Waters Treaty Act (IBWTA)*.

(41) Canada, House of Commons, *Hansard*, 20 October 2000 (Second Session, Thirty-sixth Parliament), p. 9329.

As noted elsewhere in this paper, the Hon. Charles Caccia, M.P., has also continued to press the government in the House of Commons for a federal legislative ban on bulk water exports.

Mr. Deepak Obhrai, M.P., speaking on behalf of the Canadian Alliance during the second reading debate of Bill C-15, stated his party's position on the bill as follows:

> The Canadian Alliance believes that Canadians should retain control over our water resources and supports exempting water from our international agreements, including NAFTA. An outright ban would run contrary to our NAFTA commitment because water was not exempt from that agreement.
>
> A side agreement would have to be negotiated that would exempt water from NAFTA before a ban on water exports could even be considered. Until an exemption is achieved, we encourage the provinces to place a moratorium on commercial water licensing so that water in bulk form never becomes a good governed by NAFTA rules.
>
> .....
>
> In the absence of exempting water from NAFTA, the Canadian Alliance will support the proposed bill as it represents the only viable approach that the federal government can take and the only constitutionally valid NAFTA compatible ban on bulk water export. However, I would like to see the government propose real answers on this issue and show some leadership in exempting water from our trade agreements.(42)

C. Proposed Canada-wide Accord on Bulk Water Removals

As part of its strategy on bulk water removals from Canadian watersheds, the federal government proposed a Canada-wide accord between the federal and provincial-territorial levels of government to prohibit bulk water removal, whether for domestic purposes or for export, from Canadian water basins. As an interim measure, the government urged the provinces and territories to institute a moratorium preventing bulk water removal from watersheds until such time as the accord was in place.

---

(42) *Ibid.*, p. 9329.

Environment Canada explained the need for a joint approach because of shared jurisdiction over water:

> Water is a shared responsibility between the federal and provincial, and territorial governments, and each have an important role to play in protecting Canada's freshwater resources. The strategy recognizes that provinces have the primary responsibility for water management and that the Government of Canada has certain legislative authorities in the areas of navigation, fisheries, federal land, and shared water resources with the U.S. Actions by territorial governments are also becoming increasingly important as they assume greater responsibility over water resource management. All governments have an important role to play in achieving a permanent, Canada-wide solution for the prohibition of bulk water removal, including removal for export purposes. (emphasis added)[43]

The proposed accord would represent a commitment by the federal government, provinces and territories to prohibit bulk water removal from bodies of water over which they have jurisdiction through legislation or regulations. The proposed accord was discussed at meetings of the Canadian Council of Ministers of the Environment in November 1999 and again in May 2000. Although Quebec and the western provinces refused to endorse the accord as presented, nevertheless, federal government officials point out that as a result of the above initiative, all Canadian jurisdictions either currently have in place or are in the process of developing legislation or regulations to effectively prohibit bulk water removal (whether for domestic purposes or export) from water basins over which they have jurisdiction. According to Environment Canada officials, this provides solid assurance that bulk water removals and exports will not proceed in the near future.[44]

Because the federal government is of the view that water in its natural state is not a good, and is therefore outside the scope of the trade agreements, including the NAFTA, it maintains that any federal or provincial measure regulating the extraction of water in its natural state would not be subject to international obligations concerning trade in goods. As noted earlier, this point was also reinforced by the legal opinions the International Joint Commission

---

(43) Canada, Environment Canada, *Background Information on Bulk Water Removal and Water Export*, 2001.

(44) *Ibid.*

received from trade experts during the preparation of its report on the protection of the waters of the Great Lakes.

The Hon. Charles Caccia, M.P., among others, is critical of the above approach, and has continued to press in the House of Commons for a federal legislative ban on bulk water exports. On 22 November 1999, the day Bill C-15 (Bill C-6's predecessor) was introduced in the House, Mr. Caccia, noting that the bill was restricted in its application in that it would place a ban on bulk water removals in boundary waters only, expressed his concerns about both the bill and the proposed accord. He stated in part:

> First, the proposed voluntary accord would be just that, voluntary. It would not legally bind any province to protect our water resources.
>
> Second, the proposed accord would do nothing to prohibit export initiatives undertaken by municipalities, crown agencies, corporations or even private parties. Even if the provinces wanted to ban water removals and exports, it is the federal government that has the constitutional authority to regulate trade.
>
> Understandably, the federal government hopes that a province by province voluntary ban would treat water protection strictly as an environmental issue and that trade lawyers will not see the disguise.
> .....
> The proposed accord will lead to a patchwork of provincial initiatives, thus making Canada more vulnerable to trade challenges. The legislation tabled today is, it seems to me, too limited in scope to provide protection to most of our water bodies.
>
> It seems quite clear, that a meaningful protection of our water resources requires the federal government to face the reality of international trade agreements, in search of the most effective strategy to protect our water resources from exports. I would recommend: first, to enact federal legislation designed specifically for the purpose of banning bulk transboundary water removals from Canada; and second, to renegotiate international trade agreements to seek an exclusion or waiver of water from such agreements.[45]

---

(45) Canada, House of Commons, *Hansard*, 22 November 1999 (Second Session, Thirty-sixth Parliament), p. 1591.

On 3 April 2000, Mr. Caccia once again reiterated his views on this issue in the House:

> Now the federal government plans to make reliance on provincial goodwill as a formal policy through a voluntary accord. It is time the federal government acts where it has jurisdiction because in light of our international trade agreements, a patchwork of provincial initiatives is inadequate. What we need now is a watertight federal ban on water exports.(46)

As noted earlier, a number of observers, such as the Council of Canadians, are also critical of the federal government's approach. Immediately following the announcement of the federal strategy to prohibit bulk water removal from Canadian watersheds (February 1999), the National Chairperson of the Council of Canadians, Maude Barlow, and its Executive Director, Peter Bleyer, held a press conference to respond to it. Ms. Barlow stated that although the Council of Canadians was "pleased that the government knows that it has to do something," it was not satisfied with the government's proposed treatment of "water exports." Noting that the moratorium on bulk water removals would not be binding on the provinces, she suggested that if one province decided not to adhere to it, the whole plan would be placed in jeopardy. She went on to claim that the strategy was not trade-proof. In her view, if one province were to allow the export of water for commercial purposes, all of the provincial bans across the country would be put at risk "because only federal legislation exempting us from NAFTA can pertain to this issue." According to her, "This has been very clearly spelled out by many, many trade lawyers and by Mr. Axworthy himself when he was in Opposition." She also stated that "by not having the guts to deal with water as a trade issue, but only through environmental legislation, ... the federal government is leaving us open to further challenges by foreign companies seeking lost profits."(47)

Subsequently, in an essay entitled "Ottawa's Leaky Water Policy," published in *The Globe and Mail* on 18 November 1999, days before the Canadian Council of Ministers of the Environment was to meet to discuss the proposed accord, Ms. Barlow urged the provinces

---

(46) *Ibid.*, 3 April 2000, p. 5620.

(47) Council of Canadians, Press Conference, *A Plan Full of Holes*, 10 February 1999. See also West Coast Environmental Law, *Legal Opinion commissioned by the Council of Canadians re: Water Export Controls and Canadian Environmental Trade Obligations*, 17 August 1999.

"not [to] sign this document if they care about protecting Canada's water from commercial export." She stated in part:

> The federal government is trying to pass the buck on its responsibility. A voluntary accord would be just that – voluntary – and would not bind any province in a meaningful way to protect its water resources now or in the future.

As noted earlier in this paper, the Council of Canadians has published a *Fact Sheet # 1: Trade* in which it argues, among other things, that the federal government needs to enact legislation prohibiting large-scale water exports, as well as "open negotiations to exempt water from the NAFTA or, preferably, sink the deal."

D. Reference to the International Joint Commission

The federal strategy to prohibit the bulk removal of water from Canadian watersheds (10 February 1999) also provided for a reference made jointly by Canada and the United States to the International Joint Commission (IJC) to study the effects of water consumption, diversion and removal, including for export, from the Great Lakes. On 15 March 2000, the IJC released its final report entitled *Protection of the Waters of the Great Lakes.*[48] The IJC's conclusions and recommendations were generally consistent with and supportive of the broad environmental approach adopted by Canada. The IJC recommended that the governments "should not permit any new proposal for the removal of water from the Great Lakes Basin to proceed unless the proponent can demonstrate that the removal would not endanger the integrity of the ecosystem of the Great Lakes Basin." The Commission recommended that strict criteria should be applied, including giving full consideration to the "potential cumulative impacts of the proposed removal, taking into account the possibility of similar proposals in the foreseeable future;" and that there be "no net loss" to the area from which the water was taken and that the water be returned in a condition that protects the quality of and prevents the introduction of alien invasive species into the waters of the Great Lakes. According to federal

---

(48) International Joint Commission, *Protection of the Waters of the Great Lakes: Final Report to the Governments of Canada and the United States*, 22 February 2000. The report was released to the public on 15 March 2000. An interim report had earlier been released in August 1999.

government sources, application of these criteria would effectively prevent any large-scale or long-distance removal of water from the Great Lakes.(49)

As noted earlier in this paper, the IJC, in conducting its study, also looked at the issue of whether international trade agreements such as the NAFTA and the GATT might affect water management in the Great Lakes. The Commission noted that after issuing its interim report it had received a letter dated 24 November 1999 from the Deputy United States Trade Representative on the subject. The letter stated in part as follows:

> .... in the report the IJC issued an interim recommendation that federal, state and provincial governments not authorize or permit any new bulk sales or removals of surface water or groundwater from the Great Lakes Basin. In our view, the implementation of this recommendation would not run afoul of the obligations imposed by international trade agreements to which the United States and Canada are parties.
>
> ... the WTO has nothing to say regarding the basic decision by governments on whether to permit the extraction of water from lakes and rivers in their territory.(50)

The Commission also referred to the document entitled *Bulk Water Removal and International Trade Considerations* from the Department of Foreign Affairs and International Trade (and referred to earlier in this paper). The IJC noted that these submissions were generally consistent with the Commission's views regarding the effects of international trade law on the two countries' ability to protect the water resources of the Great Lakes Basin. As well, the Commission noted that it had received legal opinions from several trade experts that were similar to the views expressed by the Canadian and U.S. governments on the issue.(51)

On 15 March 2000, the same day the IJC's final report on the protection of the waters of the Great Lakes was released to the public, the Council of Canadians issued a press release in which it criticized the report. It expressed "deep disappointment that in its final report

---

(49) Canada, Environment Canada, *Bulk Water Removals and Water Export – Frequently Asked Questions*, Question 3, 2001.

(50) International Joint Commission, *Protection of the Waters of the Great Lakes: Final Report to the Governments of Canada and the United States* (22 February 2000), Appendix 8.

(51) *Ibid.*, p. 33.

... the International Joint Commission squandered an historic opportunity to speak for the citizens of Canada and the United States." Jamie Dunn, Water Campaigner for the Council, stated in part:

> The IJC has joined the company of Brian Mulroney, John Crosbie and federal Environment Minister David Anderson in trying to convince Canadians that trade agreements don't threaten Canada's water sovereignty. Since 1988, Canadians have heard an ever-changing story about water and trade deals. Not only has the IJC now joined the federal government in clouding the issue, it has proposed that exporting water can be okay despite clear statements from the public rejecting bulk water exports for profit. What we predicted would happen to water under free trade in 1988 is slowly happening.(52)

CONCLUSION

As noted earlier, the three NAFTA countries clearly stated in their joint declaration of December 1993 that the NAFTA does not apply to water in its natural state in lakes, rivers, etc., because the water has not at that point "entered into commerce and become a good" for purposes of the NAFTA. The federal government has consistently taken this position with respect to the NAFTA and its predecessor, the FTA. Nevertheless, critics of the government position remain adamant that water in its natural state is covered by the NAFTA and that nothing short of an amendment to the agreement, accompanied by federal legislation banning large-scale water exports, will protect our water resources adequately. Hence, the concerns of critics were not appeased by the federal government's announcement of a strategy in February 1999 for seeking a commitment from all jurisdictions across Canada to prohibit the bulk removal of water, including water for export, from Canadian watersheds. Thus, the debate concerning bulk water removals, water exports and the NAFTA continues.

---

(52) Council of Canadians, "International Joint Commission Fails Canadians and Opens Door to Bulk Water Exports," Press Release, 15 March 2000.

PRB 00-41F

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

LES PRÉLÈVEMENTS MASSIFS D'EAU, LES EXPORTATIONS D'EAU ET L'ALENA

David Johansen
Division du droit et du gouvernement

Le 20 février 2001

PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

N.B. Dans ce document, tout changement d'importance fait depuis la dernière publication est indiqué en **caractère gras.**

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

PAGE

INTRODUCTION 1

CADRE CONSTITUTIONNEL 2

LA POLITIQUE FÉDÉRALE DE 1987 RELATIVE AUX EAUX 3

LE PROJET DE LOI C-156 : LOI SUR LA PRÉSERVATION DE L'EAU AU CANADA ... 4

LE COMMERCE INTERNATIONAL 5
- A. L'eau à l'état naturel est-elle un produit ? 6
- B. L'exportation de l'eau comme précédent 14
- C. Les prélèvements massifs d'eau et le chapitre 11 de l'ALENA 17

MOTIONS, PROJETS DE LOI D'INITIATIVES PARLEMENTAIRES ET QUESTIONS À LA CHAMBRE DES COMMUNES RELATIVES À L'EXPORTATION DE L'EAU 19

STRATÉGIE FÉDÉRALE POUR INTERDIRE L'EXPORTATION MASSIVE D'EAU DES BASSINS VERSANTS CANDIENS 23
- A. Contexte 23
- B. Modifications proposées à la *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales* 26
- C. Accords pancanadiens proposés sur les prélèvements massifs d'eau 29
- D. Renvoi à la Commission mixte internationale 33

CONCLUSION 35

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES PRÉLÈVEMENTS MASSIFS D'EAU, LES EXPORTATIONS D'EAU ET L'ALENA

INTRODUCTION

Le Canada possède les plus grandes ressources en eau douce du monde. Cette grande abondance d'eau a incité certains à préconiser l'exportation vers des régions pauvres en eau, principalement le sud-ouest des États-Unis. Le débat sur l'opportunité d'exporter de l'eau du Canada dure depuis plus de trois décennies. Même si, depuis 1987, le gouvernement fédéral a pour politique de s'opposer officiellement aux exportations de grande quantité d'eau, les craintes publiques ne se sont pas dissipées pour autant. Elles ont au contraire été avivées par le concert de critiques formulées à l'égard de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et de son prédécesseur, l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE), qui n'existait pas encore lorsque le débat sur les exportations d'eau a commencé.

Les points de vue continuent de diverger quant à savoir si les eaux de surface et les eaux souterraines à l'état naturel (par exemple, dans les lacs et les rivières) sont assujetties aux obligations de l'ALENA. Certains soutiennent que oui. En revanche, les gouvernements du Canada, des États-Unis et du Mexique ont déclaré expressément que l'ALENA ne s'applique pas à l'eau à l'état naturel.

Les critiques du statu quo ont demandé au gouvernement fédéral d'intervenir pour contrer ce qu'il croit être une menace sérieuse à nos ressources en eau. Ils soutiennent qu'il faut non seulement une législation fédérale interdisant catégoriquement les exportations d'eau sur une grande échelle, mais aussi une modification explicite à l'ALENA pour exclure l'eau à l'état naturel des obligations découlant de ce traité, une mesure à laquelle les États-Unis pourraient s'opposer.

Devant les appels répétés du Conseil des Canadiens et d'autres intéressés pour que cette question soit réglée, le gouvernement fédéral a annoncé, le 10 février 1999, qu'il élaborerait une stratégie, de concert avec les provinces et les territoires, afin de prévenir le prélèvement d'eau à grande échelle, y compris l'eau destinée à l'exportation, dans les bassins

hydrographiques canadiens. La stratégie mettrait l'accent sur la protection de l'eau à l'état naturel, dans l'optique de la gestion de l'eau et de la protection de l'environnement, plutôt que du commerce.

Dans le présent document, nous décrivons quelques jalons importants, marqués au Canada ces dernières années, dans le dossier des exportations d'eau à grande échelle et, plus récemment, dans le dossier des prélèvements massifs d'eau, tant pour le marché intérieur qu'à des fins d'exportation. Nous examinons également la question de savoir si l'eau est assujettie aux accords commerciaux internationaux tels que l'ALENA.

CADRE CONSTITUTIONNEL

En vertu de la *Constitution canadienne*, la compétence en matière d'eau est partagée entre les gouvernements fédéral et provinciaux, dont les pouvoirs se recoupent dans une certaine mesure. La *Constitution* ne fait pas explicitement mention de l'eau; elle vise toutefois certaines utilisations de l'eau comme la navigation, les pêches et, plus récemment, la production d'électricité. La plupart des questions de compétence dépendent de la façon dont la *Constitution* traite d'autres aspects comme les droits de propriété, les relations extérieures et le commerce international. Comme l'utilisation des ressources en eau a des répercussions tant au niveau national qu'au niveau provincial, il est naturel que les deux ordres de gouvernement revendiquent une compétence législative dans leurs domaines respectifs.

En règle générale, les provinces ont compétence sur les ressources naturelles à l'intérieur de leurs frontières. Leurs compétences en matière d'eau découlent des dispositions particulières de la *Constitution* reconnaissant leurs compétences dans les domaines suivants : la propriété et les droits civils dans la province (paragraphe 92 (13)), l'administration et la vente des terres publiques (paragraphe 92 (5)), et les matières d'une nature purement locale et privée (paragraphe 92 (16)). En vertu d'une modification apportée en 1982 à la *Loi constitutionnelle de 1867*, la responsabilité en matière de centrales électriques appartient également aux provinces (alinéa 92A (1) c)).

Même si l'eau est une ressource naturelle, la compétence très étendue des provinces en matière d'eau sur leur territoire est toutefois limitée par des pouvoirs particuliers conférés exclusivement au gouvernement fédéral, notamment en ce qui concerne les pêches (paragraphe 91 (12)), la navigation et le transport maritime (paragraphe 91 (10)), la réglementation

du commerce (paragraphe 91 (2)), les terres fédérales (paragraphe 91 (1A)), les Indiens et les terres réservées aux Indiens (paragraphe 91 (24)), les travaux et entreprises interprovinciaux (paragraphe 92 (10 a)), les travaux déclarés être « pour l'avantage général du Canada » (paragraphe 92 (10) c)), et « La paix, l'ordre et le bon gouvernement » du pays (premier paragraphe de l'article 91). Le gouvernement fédéral a aussi compétence sur les eaux frontalières et transfrontalières.

En raison du partage des pouvoirs prévu par la *Constitution*, tout grand projet d'exportation d'eau ne réussirait qu'avec l'appui et la coopération des deux niveaux de gouvernement. Sauf en ce qui touche les terres appartenant au gouvernement fédéral ou administrées par lui, les provinces sont propriétaires des ressources en eau qui se trouvent sur leur territoire et peuvent y exercer tant des droits législatifs que des droits de propriété. Le gouvernement fédéral exerce toutefois une autorité sur ces ressources dans certains domaines particuliers. Ainsi, une urgence ou l'intérêt national justifierait une intervention du gouvernement fédéral en vertu de son pouvoir déclaratoire ou du pouvoir résiduel que lui confère la disposition sur « La paix, l'ordre et le bon gouvernement ». Le gouvernement fédéral doit nécessairement entrer en jeu lorsque de l'eau est exportée à partir d'une province.

LA POLITIQUE FÉDÉRALE DE 1987 RELATIVE AUX EAUX

Le ministre de l'Environnement de l'époque, l'honorable Tom McMillan, a énoncé la position du gouvernement fédéral en matière d'exportation d'eau dans la politique relative aux eaux annoncée en novembre 1987[1].

Le ministre faisait remarquer que, même si les Canadiens ont de l'eau en abondance, la plus grande partie de cette ressource ne se trouve pas aux endroits où on en a le plus besoin, c'est-à-dire dans les régions peuplées du pays, et que, dans les régions peuplées où elle était abondante, l'eau devient rapidement polluée et inutilisable. La sécheresse dans certaines régions du Canada complique encore davantage le problème général du pays. C'est pourquoi le ministre a indiqué que le gouvernement fédéral s'opposait catégoriquement à des exportations en grandes quantités d'eaux canadiennes. Il a fait remarquer également que les dérivations entre bassins nécessaires pour de telles exportations causeraient énormément de

(1) Canada, Environnement Canada, *Politique fédérale relative aux eaux*, 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

dommages à l'environnement et à la société, dans le Nord notamment, où l'équilibre écologique est précaire et où les effets sur les cultures autochtones seraient accablants.

Dans sa politique, le gouvernement fédéral déclare qu'en ce qui touche les exportations d'eau, il prendra toutes les mesures possibles dans le cadre de ses pouvoirs constitutionnels pour empêcher l'exportation des ressources en eau canadiennes grâce à des dérivations entre bassins et pour renforcer les lois fédérales de façon à mettre cette politique en œuvre[2]. Cette politique fédérale s'applique encore aujourd'hui.

LE PROJET DE LOI C-156 : LOI SUR LA PRÉSERVATION DE L'EAU AU CANADA

Le 25 août 1988, le ministre de l'Environnement, l'honorable Tom McMillan, déposait à la Chambre des communes le projet de loi C-156, Loi sur la préservation de l'eau au Canada[3]. Le ministre a alors indiqué que ce projet de loi visait à donner force de loi à l'engagement pris par le gouvernement fédéral et rendu public dans la politique fédérale relative aux eaux présentée en novembre 1987, selon lequel le gouvernement s'opposerait aux exportations d'eau de grande envergure. Quelques semaines après son dépôt et avant d'avoir pu être examiné par un comité parlementaire, ce projet de loi est mort au *Feuilleton*, lorsque le Parlement a été dissous le 1er octobre 1988 et que des élections ont été déclenchées.

S'il avait été adopté et mis en vigueur, le projet de loi C-156 aurait interdit catégoriquement des exportations d'eau douce sur une grande échelle, comme celles nécessitant des transferts d'un bassin à un autre entre réseaux fluviaux. Il aurait également réglementé strictement les exportations d'eau de petite envergure, comme les transferts par navire-citerne ou par canalisations. La loi n'aurait pas visé les exportations d'envergure minime, comme celles d'eau utilisée dans les produits manufacturés et d'eau embouteillée.

Ce projet de loi, qui aurait été exécutoire non seulement pour le secteur privé, mais également pour tous les niveaux de gouvernement, aurait prévu la signature d'accords entre les gouvernements fédéral et provinciaux pour l'octroi de licences d'exportation de petite envergure.

---

(2) *Ibid.*, p. 24.

(3) Projet de loi C-156, Loi sur la préservation de l'eau au Canada (deuxième session, trente-troisième législature).

Le gouverneur en conseil se serait vu conférer d'importants pouvoirs de réglementation pour ce qui est des licences, notamment en ce qui concerne :

- les formalités à remplir pour la demande et la délivrance des licences;
- leur durée, leur renouvellement, leur retrait et leur suspension;
- les droits;
- les critères sur lesquels se fonder pour la délivrance ou le renouvellement des licences;
- la tenue d'audiences publiques ainsi que la communication de renseignements dans le cadre de la délivrance, du renouvellement, du retrait ou de la suspension des licences.

Le gouverneur en conseil aurait également eu le pouvoir de soustraire aux exigences relatives aux licences, par décret, « l'exportation ou le détournement [...] d'eau dans des circonstances déterminées ». Cette disposition aurait permis des exceptions dans le cas d'exportations d'envergure minime, mais n'aurait aucunement éludé l'interdiction frappant les exportations sur une grande échelle.

Aucune licence d'exportation n'aurait été accordée en vertu du projet de loi sans qu'il y ait eu au préalable une évaluation environnementale approfondie.

Le projet de loi renfermait également des dispositions détaillées de contrôle de son application et prévoyait des peines jusqu'à concurrence de 1 million de dollars et de trois ans de prison.

LE COMMERCE INTERNATIONAL

La question de savoir si l'eau est assujettie aux accords commerciaux internationaux tels que l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), par exemple l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), a été soulevée plusieurs fois. Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, dans un document intitulé *Les prélèvements massifs d'eau et considérations relatives au commerce international*[4], a relevé trois questions distinctes, mais reliées, que soulève cette interrogation : ces ententes commerciales s'appliquent-elles à

---

(4) Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Les prélèvements massifs d'eau et considérations relatives au commerce international*, 16 novembre 1999.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'eau?; est-ce que le fait de permettre le prélèvement ou l'exportation de certaines eaux à l'état naturel crée un précédent qui forcera le Canada ou une province quelconque à permettre le prélèvement et l'exportation de toutes les eaux?; quel rapport y a-t-il entre les prélèvements massifs d'eau et le chapitre 11 (Investissement) de l'ALENA? Chacune de ces questions est examinée ci-après.

A. L'eau à l'état naturel est-elle un produit?

Une question litigieuse n'a toujours pas été tranchée : les États-Unis ont-ils droit, en vertu de l'ALENA (et auparavant de l'ALE, qui contenait des dispositions semblables), à une part des réserves d'eau douce du Canada. L'ALENA interdit en règle générale les restrictions sur l'exportation de produits. La controverse touche donc principalement la question de savoir si l'eau à l'état naturel est un « produit » au sens de l'ALENA. Il semble n'avoir jamais fait de doute que l'ALENA s'applique à l'eau sous emballage, telle l'eau en bouteille, ou à l'eau utilisée dans la fabrication d'un produit telle une eau gazeuse, puisque, dans ces cas, l'eau a clairement été transformée en un « produit ».

L'article 201 (définitions d'application générale) de l'ALENA définit « produits d'une Partie » comme suit :

> **produits d'une Partie** s'entend des produits nationaux au sens de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* ou des produits dont les Parties pourront convenir, et s'entend notamment des produits originaires de cette Partie.

De même, l'ALE définit les « produits d'une Partie » comme les « produits nationaux au sens de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* » (GATT), qui classe les produits dans son Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises. Ce système contient un numéro tarifaire pour l'eau, qui se lit comme suit :

> 22.01 eaux, y compris les eaux minérales naturelles ou artificielles et les eaux gazéifiées, non additionnées de sucre ou d'autres édulcorants ni aromatisées; glace et neige.

Une note explicative indique que ce numéro couvre « l'eau naturelle ordinaire de tout genre autre que l'eau de mer, cette eau demeurant assujettie à ce numéro qu'elle soit ou non clarifiée ou purifiée ».

Sur cette base, des critiques comme M^me^ Wendy Holm (économiste agricole qui a écrit de nombreux articles sur l'eau et le libre-échange) et le Conseil des Canadiens (organisme de vigilance populaire fondé en 1985 et qui s'est distingué par sa lutte contre le libre-échange) soutiennent que toute eau naturelle autre que l'eau de mer est traitée comme un « produit » en vertu de l'ALENA. M^me^ Holm soutient que, sur la base de la définition ci-dessus, les États-Unis (et peut-être aussi le Mexique) ont un accès sans précédent et irrévocable aux ressources en eau du Canada, à perpétuité[5].

Cette position s'oppose toutefois à celle du gouvernement et d'autres intéressés. Ainsi, faisant allusion à la disposition de l'ALENA qui énonce les définitions pertinentes et à d'autres dispositions relatives au traitement national, aux restrictions à l'importation et à l'exportation et aux taxes à l'exportation, M. Jon Johnson, auteur de *The North American Free Trade Agreement: A Comprehensive Guide*[6], affirme :

> La clé pour déterminer la portée de ces dispositions est l'utilisation du mot « produit ». Vu que le GATT ne définit pas ce qu'est un « produit », le sens de ce terme est son sens ordinaire, soit « quelque chose qui est produit ». Pour qu'une chose soit produite, il faut lui faire quelque chose. Il faut l'extraire, la récolter, la collecter, la stocker, la classifier, la transporter, la raffiner, l'assembler, l'emballer ou la transformer d'une façon quelconque en un objet pouvant être vendu. Les ressources inexploitées comme le pétrole ou le gaz souterrain ou l'eau dans les lacs, les rivières ou les aquifères ne sont pas des « produits » et ne sont donc pas visées par ces dispositions de l'ALENA ni par d'autres dispositions de cet accord. Aucune

---

(5) Pour des précisions concernant les arguments de Mme Holm selon lesquels le contrôle canadien des ressources en eau est compromis par les dispositions de l'ALENA, voir : Wendy Holm, « Water and Free Trade », chapitre 1 (p. 1-27) dans *NAFTA and Water Exports*, Association canadienne du droit de l'environnement, octobre 1993. Voir également, Barry Appleton, chapitre 25, « Frequently-Raised Concerns on the NAFTA », *Navigating NAFTA: A Concise User's Guide to the North American Free Trade Agreement*, Carswell, 1994. M. Appleton est aussi d'avis que l'ALENA s'applique aux eaux souterraines et à l'eau douce de surface à l'état naturel. Dans une section sur l'eau, M. Appleton analyse ce qu'il considère comme les effets de l'ALENA sur les ressources du Canada en eau (p. 201-205). Voir également West Coast Environmental Law, *Legal Opinion commissioned by the Council of Canadians re: Water Export Controls and Canadian International Trade Obligations*, 17 août 1999.

(6) Jon R. Johnson, *The North American Free Trade Agreement: A Comprehensive Guide*, Canada Law Book Inc., 1995.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> disposition de l'ALENA ne peut obliger une partie à l'ALENA à exploiter et à vendre une ressource. Les gouvernements des pays de l'ALENA l'ont confirmé expressément au sujet de l'eau dans une déclaration commune publiée en décembre 1993. Lorsqu'une ressource est exploitée en étant extraite ou récoltée, elle devient un produit et est assujettie aux dispositions de l'ALENA(7).

Dans un article de 1993 qui renferme une analyse détaillée des conséquences juridiques de l'accord qui a précédé l'ALENA (l'ALE) sur les exportations d'eaux canadiennes(8), M^me^ Sophie Dufour a soutenu qu'en vertu de l'ALE, qui contenait une définition semblable de « produits » aux fins de l'accord, l'eau naturelle pourrait devenir un « produit » au sens de cette définition uniquement en étant collectée, stockée, embouteillée ou conditionnée autrement, etc. De la même façon, elle soutient que l'eau dans une rivière ou un lac naturel ou l'eau souterraine n'a pas été « produite » au sens littéral de ce terme ne constitue donc pas un « produit » au sens du GATT ni au sens de la définition contenue dans l'ALE. M^me^ Dufour fait remarquer que cette interprétation a été confirmée clairement dans le contexte de l'ensemble du GATT. Elle précise à cet égard que, même si l'eau comme boisson est visée depuis longtemps par les règles commerciales internationales (y compris celles stipulées dans le GATT et auxquelles adhèrent le Canada), l'eau à l'état naturel « n'a jamais été envisagée et qu'à ce moment-ci rien n'indique que cette situation pourrait changer un jour »(9).

Le gouvernement fédéral a toujours prétendu que l'ALENA ne s'appliquait pas à l'eau à l'état naturel. En août 1992, il a publié *Le Manuel de l'ALENA* pour donner un aperçu de l'ALENA proposé. Ce document contenait la déclaration suivante au sujet des ressources en eau :

---

(7) *Ibid.*, p. 109-110 (Traduction).

(8) Sophie Dufour, « The Legal Impact of the *Canada-United States Free Trade Agreement* on Canadian Water Exports », 34 *Les Cahiers de Droit*, p. 705, 1993. Après avoir analysé en profondeur les conséquences juridiques de l'ALE sur les ressources en eau canadiennes, M^me^ Dufour conclut qu'aucune disposition de l'entente ne permet de croire que le Canada a concédé de quelque façon que ce soit aux États-Unis un accès futur à ces ressources en eau.

(9) *Ibid.*, p. 742 (Traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES RESSOURCES EN EAU DU CANADA – EN BREF

Tout comme l'Accord canado-américain de libre-échange (ALE), l'ALENA ne s'applique pas à l'exportation de l'eau sur une grande échelle.

Comme dans le cas de l'ALE, seule l'eau vendue comme boisson ou dans des citernes est visée par l'ALENA.

L'eau n'a pas fait l'objet de discussions dans les négociations de l'ALENA avec les États-Unis et le Mexique.

L'exportation de l'eau sur une grande échelle, que ce soit par des transferts entre bassins ou par dérivation, irait à l'encontre de la politique fédérale relative aux eaux adoptée en 1987.

L'ALENA NE TOUCHERA PAS LES EXPORTATIONS D'EAU

La loi canadienne de mise en œuvre de l'ALE précise clairement que l'Accord ne s'applique pas aux ressources en eau, sauf l'eau vendue comme boisson ou dans des citernes. La loi de mise en œuvre de l'ALENA renfermera des dispositions semblables.
Il n'y a pas eu et il n'y aura pas de négociation ou de disposition relative à l'exportation, sur une grande échelle, de ressources en eau vers un autre pays.

Lorsqu'il a comparu en 1993 devant le Comité législatif de la Chambre des communes sur le projet de loi C-115 (mise en œuvre de l'ALENA), M. Konrad von Finkenstein, alors sous-procureur général, au ministère de la Justice, a déclaré notamment :

> [...] si on fait le commerce des eaux à l'état naturel en les mettant dans des citernes, des bouteilles ou d'autres contenants ou si l'on vend de l'eau qui a été tirée d'un puits ou d'une autre source, alors ces eaux deviennent un produit qui entre dans le commerce et elles sont donc visées par le GATT, l'ALE ou l'ALENA. Mais il s'agit alors d'un produit ou d'une marchandise qui fait l'objet d'un commerce [...]
>
> Les eaux sont une richesse naturelle comme les autres. Prenons la forêt, par exemple. Rien dans l'ALENA, dans l'ALE ou dans le GATT ne nous oblige à abattre nos arbres ou à en faire le commerce. Le GATT prévoit tout simplement que, si on décide de le faire, il faut se conformer aux règles. On ne peut pas protéger l'industrie

> intérieure, etc. Il en va de même des eaux. Rien ne nous oblige à exploiter l'eau ou à en faire le commerce[10].

Une disposition semblable à celle qui figure dans la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*[11] a été incluse dans la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*[12]. Cette dernière prévoit à l'article 7 :

> 7. (1) Il demeure entendu que ni la présente loi ni l'Accord, à l'exception de l'article 302 de celui-ci, ne s'applique aux eaux.
>
> (2) Au présent article, « eau » s'entend des eaux de surface ou souterraines naturelles, à l'état liquide, gazeux ou solide, à l'exclusion de l'eau mise en emballage comme boisson ou en citerne.

Autrement dit, d'après la loi nationale du Canada portant mise en œuvre de l'ALENA au Canada, aucune disposition de l'ALENA, à l'exception de l'article 302 (sur l'élimination des droits de douane), ne s'applique aux eaux naturelles de surface ou souterraines.

Des critiques comme M^me^ Wendy Holm soutiennent que l'article 7 de la loi de mise en œuvre ne constitue pas une protection suffisante sans modification de l'ALENA proprement dit et que seule une exception explicite peut protéger les ressources en eau du Canada contre les intérêts américains. Ces critiques prétendent que les lois nationales ne lient pas les groupes spéciaux de l'ALENA et que, actuellement, l'Accord aurait préséance sur celles-ci.

Les 3 et 4 avril 1993, le *Times-Colonist* (Victoria) a consacré ses principaux éditoriaux de fin de semaine à l'ALENA et aux ressources en eau. Il affirmait que le témoignage de M^me^ Holm devant le Sous-comité du commerce international de la Chambre des communes et devant le Comité permanent du développement économique, des sciences, du travail et de la technologie de la Colombie-Britannique « démontrait clairement qu'en vertu de l'ALENA, l'eau serait traitée comme un « produit » assujetti aux mêmes règles que les autres « produits et services » en vertu de l'ALE et de l'ALENA ». Selon le journal, M^me^ Holm aurait affirmé que le

---

(10) Canada, Chambre des communes, Comité législatif sur le projet de loi C-115 (troisième session, trente-quatrième législature), *Procès-verbaux et témoignages*, 5 mai 1993, fascicule n° 6, page 15-16.

(11) S.C. 1988, ch. 65.

(12) S.C. 1993, ch. 44.

ministre du Commerce de l'époque, l'honorable Michael Wilson, avait fait une affirmation « fausse et trompeuse » en prétendant que l'eau avait été exclue explicitement de l'ALENA. En ce qui concerne la façon dont le Canada pouvait « conserver la souveraineté sur ses ressources en eau », le journal faisait remarquer que M^me^ Holm avait proposé que :

> Premièrement, le Canada négocie une exception explicite dans l'ALENA(13) pour l'eau « autre qu'en bouteille » [...]
>
> Deuxièmement, le Canada signe un protocole d'entente avec les États-Unis qui limite expressément les dispositions de l'ALE uniquement à « l'eau en bouteille ».
>
> Troisièmement, la Loi sur la préservation de l'eau au Canada (projet de loi C-156) mise au rancart par les conservateurs en 1987 soit déposée à nouveau et adoptée afin, comme l'affirme M^me^ Holm, « d'établir un cadre pour une politique saine et souveraine sur les eaux » [Traduction].

Le journal exhortait les Canadiens à « faire savoir en termes énergiques à leurs députés que le Canada devait garder le contrôle de cette ressource précieuse ».

Dans une chronique publiée dans le même journal le 2 mai 1993, le ministre du Commerce répondait comme suit aux éditoriaux sur l'ALENA et les ressources en eau :

> Votre éditorial du 3 avril, « NAFTA and Water (1) : basic resource at risk », prête foi à des interprétations erronées fondamentales de l'ALENA et du GATT que votre journal devrait dissiper à l'intention de ses lecteurs, pour rendre un service public grandement nécessaire.
>
> Les arguments de M^me^ Wendy Holm et d'autres reposent sur une hypothèse erronée, à savoir que l'eau naturelle de tout type est une « marchandise » et donc assujettie aux obligations relatives au traitement national de l'ALENA. Il s'agit d'une interprétation erronée fondamentale de l'Accord. Les nombreuses dispositions détaillées de l'ALENA et du GATT citées hors contexte ne changent rien au fait. (Par exemple, le fait que quelque chose soit indexé dans le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises du GATT n'impose en soi aucune obligation à l'égard de l'achat ou de la vente, de l'importation ou de l'exportation.) [...]

---

(13) L'ALENA n'était pas encore en vigueur à ce moment-là.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

> L'eau à son état naturel n'est pas visée par l'ALENA, l'ALE, le GATT ni aucun autre accord commercial. Les lacs, les rivières ou les aquifères ne sont pas des marchandises ni des produits, pas plus que les poissons qui y vivent ou le pétrole et le gaz naturel qui se trouvent sous eux.
>
> Les accords commerciaux ne portent sur l'eau que dans la mesure où il s'agit d'une « marchandise », autrement dit, uniquement lorsque l'eau entre dans le commerce à titre de produit. Les exportations grandissantes de produits de l'eau du Canada sont visées par cette disposition.
>
> De plus, aucune disposition de l'ALENA ou d'un autre accord commercial n'oblige le Canada à exploiter ses eaux à des fins commerciales ni à exporter son eau.
>
> . . .
>
> Pourquoi n'avons-nous pas dissipé tout doute en excluant simplement l'eau de l'accord? La réponse est simple. Il n'y a pas d'exception pour l'eau dans l'ALENA parce qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une exception à des obligations qui n'existent pas. Le faire sèmerait le doute quant à l'existence d'obligations pour d'autres ressources naturelles à l'état naturel, comme les arbres, pour lesquels il est très clair que de telles obligations n'existent pas non plus.
>
> En fin de compte, les gouvernements canadiens, maintenant et en vertu de l'ALENA, ont toute la latitude nécessaire pour régir l'exploitation de nos ressources en eau. Tant que cette ressource n'est pas exploitée et n'entre pas dans le commerce comme un produit, l'eau n'est pas visée par l'ALENA ni par aucun autre accord commercial [Traduction].

Après l'élection du fédéral et l'arrivée au pouvoir du nouveau gouvernement libéral en octobre 1993, le premier ministre Chrétien a annoncé le 2 décembre 1993 que le gouvernement avait obtenu des améliorations importantes pour divers aspects de l'ALENA et était désormais disposé à mettre en œuvre l'Accord le 1er janvier 1994. En réponse aux craintes que l'ALENA ne puisse obliger le Canada à exporter de l'eau, le premier ministre a alors annoncé la déclaration suivante du Canada, des États-Unis et du Mexique sur l'eau :

> DÉCLARATION DES GOUVERNEMENTS DU CANADA, DU MEXIQUE ET DES ÉTATS-UNIS
>
> Les gouvernements du Canada, du Mexique et des États-Unis, afin de corriger de fausses interprétations qui ont cours, ont décidé de déclarer

publiquement et solidairement ce qui suit, à titre de parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) :

- L'ALENA ne crée aucun droit aux ressources en eau naturelles de l'une ou l'autre Partie.
- À moins d'être vendue dans le commerce et de devenir ainsi une marchandise ou un produit, l'eau sous toutes ses formes échappe entièrement aux dispositions de tout accord commercial, y compris l'ALENA. Or, rien dans l'ALENA n'oblige l'une ou l'autre Partie à exploiter son eau commercialement non plus qu'à commencer à l'exporter sous quelque forme que ce soit. L'eau qui se trouve à l'état naturel dans les lacs, les rivières, les réservoirs, les aquifères, les bassins hydrographiques, etc. n'est pas une marchandise ou un produit, ne se vend pas dans le commerce et, par conséquent, n'est pas et n'a jamais été visée par les conditions d'un accord commercial quel qu'il soit.
- Les droits et obligations internationaux concernant l'eau à l'état naturel sont inscrits dans des traités et accords distincts, négociés à cette fin, tels que le Traité des eaux limitrophes de 1909 entre le Canada et les États-Unis et celui de 1944 entre les États-Unis et le Mexique.

D'après le communiqué du Cabinet du premier ministre, la déclaration des trois gouvernements énonçait clairement que, contrairement à certaines craintes exprimées, l'ALENA ne pouvait pas obliger le Canada à exporter de l'eau[14].

Plus récemment, en novembre 1989, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international abordait cette question dans son document sur les prélèvements massifs d'eau et les considérations relatives au commerce international, dont il a été question ci-haut :

> Selon certains observateurs, étant donné que la liste tarifaire du Canada [...] comprend les « eaux naturelles » comme une position tarifaire, cela signifie que toutes les eaux doivent être considérées comme un bien. Ce point de vue est erroné. La liste tarifaire ne définit pas ce qu'est un bien, mais elle fournit simplement un organigramme devant servir aux négociations tarifaires et à l'administration douanière. Autrement dit, elle ne nous dit pas si l'eau est un bien ni quand elle le devient; elle nous indique seulement que lorsque l'eau est classée comme un bien, elle entre dans une position tarifaire donnée.

---

(14) Gouvernement du Canada, Cabinet du premier ministre, « Le premier ministre annonce des améliorations à l'ALENA; le Canada mettra bientôt en œuvre cet accord », *Communiqué*, 2 décembre 1993.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

> L'eau à l'état naturel peut se comparer à d'autres ressources naturelles comme les arbres de la forêt, les poissons dans la mer ou les minéraux du sol. Même si toutes ces choses peuvent être transformées en articles commerciaux par la récolte, la pêche ou l'extraction, elles demeurent, jusqu'à ce que cette étape cruciale soit franchie, des ressources naturelles et se situent à l'extérieur du champ d'application de ces ententes commerciales.

Le Ministère a souligné que les pays de l'ALENA avait renforcé ce point de vue dans leur déclaration conjointe de décembre 1993, ci-haut mentionnée, et qu'en outre, la Commission mixte internationale (CMI) avait déclaré dans son rapport sur la protection des eaux des Grands Lacs « qu'il semblerait peu vraisemblable que l'eau dans son état naturel (par exemple dans les lacs, les rivières ou les aquifères) soit visée par ces accords commerciaux car ce n'est ni un produit ni une marchandise ».

En résumé, la controverse se poursuit de plus belle quant à savoir si l'eau dans son état naturel est considérée comme un « produit » aux fins de l'ALENA et est donc visée par l'Accord. Selon le gouvernement et certains autres observateurs, l'eau ne devient pas un produit en vertu de l'ALENA ou d'autres ententes commerciales internationales tant qu'elle n'est pas prélevée de son lieu naturel et transformée en un produit marchand, tel de l'eau en bouteille ou de l'eau utilisée comme ingrédient dans la fabrication d'un produit. Toutefois, comme il a été mentionné, certains critiques sont en désaccord.

B. L'exportation de l'eau comme précédent

Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (dans son document sur les prélèvements massifs d'eau et les considérations commerciales) a observé qu'une deuxième question se pose quand on cherche à savoir si l'eau est assujettie aux ententes commerciales internationales telles l'ALENA et le GATT. Cette deuxième question consiste à savoir si le fait d'autoriser certains prélèvements d'eau à partir de lacs, de rivières, etc., et l'entrée de l'eau dans le commerce comme bien, notamment à des fins d'exportation, créera un précédent, obligeant ainsi les gouvernements à approuver, partout au Canada, toutes les autres demandes visant à extraire de l'eau et à la transformer en un bien à des fins commerciales, y compris pour l'exportation. Autrement dit, si l'on autorisait l'exportation de grandes quantités d'eau, cela signifierait-il qu'on ouvre le robinet en général? Et serait-on en mesure de le refermer?

Selon le Ministère[15], rien dans les obligations du Canada en matière de commerce international ne nécessiterait que les futurs projets d'extraction d'eau en vrac ou de prélèvements massifs à des fins d'exportation ne soient approuvés simplement parce que des projets de prélèvement antérieurs l'ont été. Le Ministère signale que les gouvernements canadiens, fédéral et provinciaux, conservent leur pleine souveraineté sur l'administration des eaux canadiennes dans leur état naturel. Le Ministère fait remarquer que tout précédent possible, découlant d'un projet d'exportation d'eau, serait limité à la compétence en cause et serait assujetti à la loi particulière qui a permis le prélèvement à des fins d'exportation, mais ne serait assujetti à aucune entente commerciale.

Le Ministère soutient que l'ALENA n'exige pas que toutes les provinces adoptent le même régime réglementaire. Il exige simplement que chaque province, dans son régime, ne désavantage pas les investisseurs ou les produits étrangers au profit de ses propres investisseurs ou produits. Par conséquent, selon le Ministère, si la loi d'une province permettait le prélèvement d'eau et qu'un projet devait être approuvé, d'autres provinces pourraient toujours adopter des lois interdisant le prélèvement d'eau sans manquer à leurs obligations relatives au traitement national[16].

Le Ministère ajoute que, dans une province qui a autorisé un prélèvement d'eau, les demandes d'autorisation de prélèvements d'eau futures devraient quand même être examinées à la lumière de la loi (notamment satisfaire aux exigences de la province en matière d'évaluation environnementale) et respecter les principes du droit administratif, tels l'équité et le caractère raisonnable, sans qu'il y ait discrimination fondée sur la nationalité entre les demandeurs.

En résumé, comme il prétend que l'eau à l'état naturel n'est pas un produit aux fins de l'ALENA ou d'autres ententes commerciales internationales, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international soutient que, du point de vue des obligations commerciales, le fait qu'un gouvernement du Canada ait permis le prélèvement d'une eau et sa

---

(15) L'information qui suit concernant la position du gouvernement fédéral sur cette question est tirée de : Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Questions et réponses (commerce)*. Ces questions et réponses ont été préparées dans le cadre d'une documentation sur le projet de loi C-6, loi modifiant la Loi du traité des eaux limitrophes internationales (première session, trente-septième législature), 2001.

(16) Sur la question du traitement national en vertu de l'ALENA, voir l'analyse qui suit sous la rubrique « Prélèvements massifs d'eau et le chapitre 11 de l'ALENA ».

transformation en un produit, y compris à des fins d'exportation, ne signifie pas que ce gouvernement (ou un autre gouvernement du Canada) doive permettre à l'avenir le prélèvement d'une autre eau et sa transformation en un produit.

Ce point de vue est confirmé par les avis juridiques d'experts en commerce qui ont été entendus par la Commission mixte internationale dans le cadre de son étude sur la protection des eaux des Grands Lacs. Dans son rapport final[17], la Commission a résumé en partie la portée de ces avis, comme suit :

> Les dispositions des accords de l'ALENA et de l'OMC n'empêchent pas le Canada et les États-Unis de prendre des mesures afin de protéger leurs ressources en eau, de même que l'intégrité de l'écosystème du bassin des Grands Lacs quand les décideurs n'exercent aucune discrimination contre des citoyens d'autres pays dans l'application de ces mesures.
>
> Les accords de l'ALENA et de l'OMC ne limitent ou ne modifient pas le droit souverain d'un gouvernement de décider s'il autorisera des ressources naturelles de son territoire et, le cas échéant, de fixer le rythme et la méthode d'exploitation.
>
> En outre, même si des ventes ou des dérivations des eaux du bassin des Grands Lacs avaient eu lieu dans la passé, les gouvernements pourraient encore décider de ne pas autoriser à l'avenir de ventes ou de dérivations nouvelles ou additionnelles[18].

Néanmoins, certains observateurs qui prétendent que l'ALENA s'applique à l'eau à l'état naturel des lacs, des rivières, etc., sont d'un autre avis. Par exemple, le Conseil des Canadiens, dans son *Fact Sheet # 1 : Trade*, indique notamment :

> Comment les règles de l'ALENA s'appliquent à l'eau :
>
> Le traitement national signifie que les compagnies américaines et mexicaines doivent être traitées sur le même pied que les compagnies canadiennes pour ce qui est de l'accès aux produits et aux marchés. Il est interdit de limiter le commerce de l'eau aux compagnies canadiennes

---

(17) Commission mixte internationale, *Protection of the Waters of the Great Lakes: Final Report to the Governments of Canada and the United States*, 22 février 2000. Les pages 34 à 36 du rapport portent sur les questions commerciales.

(18) *Ibid.*, p. 33.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> ou d'imposer des restrictions sur la façon dont elle est négociée, la quantité négociée ou les parties négociantes.
>
> La proportionnalité signifie que, tant qu'il restera une goutte d'eau, nous ne pourrons jamais mettre fin aux exportations d'eau, quels que soient les effets sur l'environnement au Canada ou les besoins des Canadiens. Les instances d'un État investisseur permettent aux investisseurs étrangers de poursuivre le gouvernement canadien si celui-ci devait adopter une loi qui compromet leur capacité de faire des profits maintenant ou dans le futur. De telles démarches sont tenues secrètes et les compagnies pourraient même intenter des actions si elles envisageaient d'investir dans une entreprise visée par la nouvelle loi.
>
> .....
>
> ...et, une fois le robinet ouvert, nous serons incapables de le refermer – peu importe les conséquences environnementales qui pourraient surgir éventuellement.
>
> .....
>
> Le gouvernement fédéral a demandé aux provinces d'imposer une interdiction temporaire sur les exportations d'eau. Il suffirait qu'une province cède aux promesses des entreprises pour que l'ensemble du Canada s'engage sur la voie du commerce de l'eau. [Traduction]

Dans le même *Fact Sheet*, le Conseil des Canadiens soutient notamment que le gouvernement doit « adopter une loi interdisant les exportations massives d'eau » et « entreprendre des négociations pour soustraire l'eau de l'ALENA ou, mieux encore, mettre fin à l'accord ».

C. Les prélèvements massifs d'eau et le chapitre 11 de l'ALENA

Selon le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, la question de savoir si l'eau est assujettie à l'ALENA soulève un troisième problème, celui du lien entre les prélèvements massifs d'eau et le chapitre 11 de l'Accord. Le chapitre 11 a trait aux mesures adoptées ou maintenues par une partie à l'ALENA concernant les investisseurs et les investissements effectués par les investisseurs d'une autre partie sur le territoire de la première partie. Il prévoit en outre un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs concernant le manquement présumé d'une partie à ces obligations aux termes du chapitre 11. Le Ministère a relevé que, des principales obligations énoncées au chapitre 11, deux sont le plus

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

souvent évoquées comme étant pertinentes aux prélèvements massifs d'eau : accorder le traitement national et verser une indemnité en cas d'expropriation.

L'obligation relative au traitement national prévue à l'article 1102 de l'ALENA exige que toute mesure adoptée par le Canada, concernant un investisseur d'une autre partie à l'ALENA, doit accorder un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs. La même obligation s'applique aux investissements d'un investisseur d'une autre partie à l'ALENA. Selon le Ministère, une mesure réglementaire s'appliquant à un investisseur d'une autre partie à l'ALENA (ou à un investissement d'un investisseur de telle partie) serait conforme à l'obligation relative au traitement national si elle interdisait le prélèvement massif d'eau dans des bassins hydrographiques à condition qu'il n'y ait pas de discrimination fondée sur la nationalité entre les investisseurs, dans des circonstances analogues. Le Ministère prétend donc que la stratégie envisagée par le Canada pour interdire les prélèvements massifs d'eau dans des bassins hydrographiques canadiens, que ce soit pour le marché intérieur ou à des fins d'exportation, est conforme à l'obligation susmentionnée. La stratégie est analysée plus loin dans le présent document.

L'article 1110 de l'ALENA prévoit en outre qu'aucune des parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre partie, ni prendre une mesure équivalant à l'expropriation, sauf dans certains cas, notamment pour verser une indemnité. Une indemnité ne pourra toutefois être réclamée que si un investissement a été exproprié. Le Ministère soutient qu'une mesure réglementaire axée sur la conservation et la gestion des ressources en eau, comme celle énoncée dans la stratégie du gouvernement pour empêcher les prélèvements massifs d'eau dans des bassins hydrographiques canadiens, ne devrait pas constituer une expropriation. Selon le Ministère, « toute demande d'indemnité devrait être examinée à la lumière des circonstances de chaque cas ».

C'est dans le contexte du chapitre 11 de l'ALENA qu'une firme américaine – la Sun Belt Corporation – a intenté une action contre le gouvernement canadien. Le contexte de cette cause a été décrit ailleurs[19] comme suit. En 1986, le gouvernement de la Colombie-

(19) Frank Quinn et Jeff Edstrom, « Great Lakes Diversions and Other Removals », *Canadian Water Resources Journal*, volume 25, p. 125-151, en page 140 (juin 2000).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Britannique a décidé de permettre aux entrepreneurs d'exporter par navire-citerne de l'eau douce de ses cours d'eau côtiers, mais non de détourner ses cours d'eau intérieurs. Plusieurs demandeurs ont obtenu des licences (essentiellement pour exporter de petites quantités d'eau) et entrepris de sonder les marchés étrangers. Lorsque le premier d'entre eux, la Snowcap, s'est uni à la Sun Belt dans le but d'approvisionner en eau la petite ville californienne de Goleta, la controverse a éclaté dans la province. Les écologistes craignaient qu'en raison du succès apparent du groupe Snowcap/Sun Belt, il y ait une pluie de nouvelles demandes d'exportation de la part d'entreprises désireuses de prélever de l'eau à la même source côtière. À cause du précédent possible et de son effet cumulatif, la province a imposé en 1991 un moratoire sur tout nouveau permis ou prolongement de permis d'exportation. Il s'en est suivi que le groupe Snowcap/Sun Belt a été incapable de conclure son contrat avec la ville de Goleta. Quatre ans plus tard, le nouveau gouvernement de la Colombie-Britannique a adopté une loi, la *Water Protection Act*, interdisant à jamais le prélèvement massif et le détournement d'eaux dans les grands bassins hydrographiques de la province. Par la suite, la Sun Belt a déposé une plainte en vertu de l'ALENA, selon laquelle le Canada avait violé ses droits parce que la province avait versé une indemnité à son partenaire canadien (la Snowcap), sans lui en verser.

Cette poursuite est en instance depuis la fin de l'année 1999, donc un arbitrage n'a pas encore commencé. Selon le gouvernement, la position du Canada est que Sun Belt n'a pas satisfait les conditions préalables à un déclenchement d'un processus d'arbitrage et il est impossible de faire des suppositions sur les prochaines initiatives de Sun Belt[20].

MOTIONS, PROJETS DE LOI D'INITIATIVES PARLEMENTAIRES ET QUESTIONS À LA CHAMBRE DES COMMUNES RELATIVES À L'EXPORTATION DE L'EAU

La question des exportations d'eau a été soulevée à maintes occasions à la Chambre des communes. En voici quelques exemples.

À plusieurs sessions, le député Nelson Riis a déposé un projet de loi d'initiative parlementaire visant à interdire l'exportation de l'eau par transfert entre bassins versants. Le plus récent, le projet de loi C-249, Loi interdisant l'exportation des eaux du Canada a été déposé

---

(20) Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Questions et réponses (Commerce)*, documentation préparée en rapport avec le projet de loi C-6 – *Loi modifiant la Loi du Traité des eaux limitrophes internationales* (première session, trente-septième législature), 2001.

à la Chambre des communes le 19 octobre 1999. Il est mort au *Feuilleton* à la dissolution du Parlement[21].

Cette loi aurait interdit à quiconque d'exporter de l'eau du Canada en la transférant d'un bassin versant à un autre. Le ministre de l'Environnement aurait été tenu de prendre les mesures nécessaires pour empêcher les exportations d'eau par ce moyen. Pour faciliter les politiques et les programmes de transfert d'eau entre bassins au Canada, le ministre aurait pu, avec l'accord du gouverneur en conseil, passer une entente avec un ou plusieurs gouvernements provinciaux ou territoriaux :

a) pour réaliser des recherches sur les effets de ces transferts d'un bassin versant à un autre;
b) pour maintenir des consultations permanentes sur ce sujet;
c) pour formuler et réaliser les politiques et programmes de transfert d'un bassin versant à un autre.

En outre, quiconque aurait pu demander un contrôle judiciaire de la façon que le ministre se serait acquitté ou non d'un pouvoir ou d'une obligation découlant de la loi, qu'il soit ou non lui-même lésé.

Un autre projet de loi, C-205, Loi interdisant l'exportation des eaux du Canada, a été déposé à la Chambre des communes le 2 février 2001 par le député Pat Martin[22].

Durant les deux sessions du trente-sixième Parlement, le député Clifford Lincoln a déposé un projet de loi d'initiative parlementaire sur l'exportation d'eau. Le plus récent, projet C-410, Loi interdisant l'exportation d'eau hors du Canada, a été déposé en première lecture le 16 décembre 1999. Il est mort au *Feuilleton* à la dissolution du Parlement[23]. Dans cette loi, l'« eau » s'entend de toute eau de surface ou eau souterraine, à l'exclusion de l'eau mise en contenant pour servir de boisson. La loi aurait interdit l'exportation d'eau à partir du Canada par

---

(21) Projet de loi C-249, Loi interdisant l'exportation des eaux du Canada, première lecture 19 octobre 1999 (deuxième session, trente-sixième législature). M. Riis a déjà déposé des projets de loi analogues antérieurement : le projet de loi C-202 (première session, trente-cinquième législature); le projet de loi C-232 (deuxième session, trente-cinquième législature); le projet de loi C-404 (première session, trente-sixième législature).

(22) Projet de loi C-205, Loi interdisant l'exportation des eaux du Canada, première lecture, 2 février 2001 (première session, trente-septième législature).

(23) Projet de loi C-410, *Loi interdisant l'exportation d'eau hors du Canada*, première lecture, 16 décembre 1999 (deuxième session, trente-sixième législature). L'autre projet de loi de M. Lincoln sur le même sujet était le C-485 (première session, trente-sixième législature).

pipeline, wagon-citerne, camion-citerne, bateau-citerne ou transfert d'un bassin versant à un autre, en primant sur toute loi fédérale en la matière. Les contrevenants auraient encouru sur déclaration de culpabilité, une amende maximale de 75 000 $ par procédure sommaire et une amende maximale de 250 000 $ par mise en accusation.

Le 8 février 1995, la Chambre des communes a débattu de la motion suivante du député Bill Gilmour :

> Que, de l'avis de cette Chambre, le gouvernement devrait appuyer une politique prévoyant que l'eau potable, la glace et la neige du Canada seront protégées, afin que la souveraineté canadienne sur l'eau soit conservée et protégée en tout temps et dans toutes les circonstances.

Après le débat, la motion a été retirée du *Feuilleton*[(24)].

Le 9 février 1999, après débat, la Chambre des communes a adopté une motion du député Bill Blaikie, modifiée comme suit :

> Que, de l'avis de la Chambre, le gouvernement devrait, en collaboration avec les provinces, imposer immédiatement un moratoire sur l'exportation de grandes quantités d'eau douce et sur les transferts entre bassins hydrographiques, et devrait présenter une mesure législative pour interdire les exportations de grandes quantités d'eau douce et les transferts entre bassins hydrographiques, et ne devrait pas être partie à un accord international qui dicte l'exportation d'eau douce contre notre gré, afin d'affirmer le droit souverain du Canada de protéger, de préserver et de conserver ses ressources en eau douce pour les générations futures[(25)].

Le 15 mai 1998, le député Charles Caccia a posé la question suivante à la ministre de l'Environnement :

> À la lumière de la dernière proposition de Terre-Neuve qui vise l'exportation d'eau et compte tenu de l'importance non commerciale de l'eau dans le réseau hydrographique naturel et pour le maintien d'un écosystème sain, la ministre de l'Environnement pourrait-elle

---

(24) Le débat entourant la motion de M. Gilmour se trouve à la référence suivante : Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 8 février 1995 (première session, trente-cinquième législature) p. 9355-9362.

(25) Le débat entourant la motion de M. Blaikie se trouve dans la référence suivante : Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 9 février 1999 (première session, trente-sixième législature), p. 11607-11637, 11652-11675.

> dire si elle entend, cet automne, présenter un projet de loi interdisant les exportations d'eau[26]?

La ministre de l'Environnement l'honorable Christine Stewart, a répondu qu'elle se préoccupait beaucoup de la sécurité des ressources en eau douce du Canada. Elle a affirmé que son ministère était à revoir la politique fédérale des eaux douces, en place depuis 1987, et que dans le cadre de l'examen, elle rencontrerait les provinces à l'été 1998 pour établir les priorités fédérales. Elle a noté que même si aucune loi fédérale actuelle ne s'oppose à l'exportation d'eau douce, une des priorités du gouvernement pourrait être d'en adopter une[27].

Le 16 novembre 1998, M. Caccia s'est encore une fois adressé à la ministre de l'Environnement en Chambre. Après lui avoir rappelé sa question de mai 1998 sur le dépôt d'une loi interdisant les exportations d'eau, il lui a signALE qu'on était maintenant à la fin de 1998 et que l'appui d'une telle loi était « généralisé », il a affirmé : « nous savons que nous pouvons prévoir des propositions d'exportations d'eau dans l'avenir », et lui a demandé à nouveau quand une loi serait déposée[28].

M. Julian Reed, secrétaire parlementaire du ministre des Affaires étrangères, a répondu ce qui suit :

> ...Je tiens à déclarer officiellement que le gouvernement fédéral s'oppose à l'exportation d'eau en grosses quantités…
> Une consultation avec les provinces a mené à des progrès considérables sur les options qui s'offrent pour régler cette question. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont un rôle à jouer dans la décision définitive. Le gouvernement élaborera une stratégie complète sur les exportations d'eau plus tard cette année. Je peux assurer au député que nous ferons preuve de la plus grande prudence[29].

---

(26) Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 15 mai 1998 (première session, trente-sixième législature), p. 7062.

(27) *Ibid.*

(28) Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 16 novembre 1998 (première session, trente-sixième législature), p. 10052.

(29) *Ibid.*, p. 10052-10053.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Comme on le signale plus loin, M. Caccia a soulevé la question de l'exportation d'eau à la Chambre des communes, et a réclamé une loi fédérale pour interdire l'exportation massive d'eau[30].

STRATÉGIE FÉDÉRALE POUR INTERDIRE L'EXPORTATION MASSIVE D'EAU DES BASSINS VERSANTS CANADIENS

A. Contexte

Le 10 février 1999, le lendemain de l'adoption par la Chambre des communes de la motion de M. Bill Blaikie, le ministre des Affaires étrangères l'honorable Lloyd Axworthy, et la ministre de l'Environnement l'honorable Christine Stewart ont annoncé une stratégie visant à interdire le prélèvement massif d'eau des bassins versants canadiens, tant pour les besoins du pays que pour l'exportation[31]. Ils ont déclaré que la stratégie répond aux préoccupations du public face à la sécurité de nos eaux douces et respecte la motion adoptée la veille par la Chambre des communes. Selon le communiqué, la stratégie réaffirme la position de longue date du gouvernement contre le prélèvement massif d'eau et respecte la déclaration de 1993 des trois pays de l'ALENA : « à moins d'être vendue dans le commerce et de devenir ainsi une marchandise ou un produit, l'eau sous toutes ses formes échappe entièrement aux dispositions de tout accord commercial y compris l'ALENA ». La stratégie traite de la protection de l'eau dans son état naturel et en fait une question de gestion hydrique et d'environnement, plutôt qu'une question commerciale.

M^me^ Steward a dit ceci :

> Les Canadiens attachent une grande importance aux eaux douces et veulent que leurs gouvernements interviennent pour les protéger. C'est pourquoi j'ai invité les provinces et les territoires à s'unir au gouvernement fédéral et à élaborer un accord pancanadien afin de prévenir les prélèvements d'eau à grande échelle dans nos bassins hydrographiques.

---

(30) Voir notamment : Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 3 novembre 1999 (deuxième session, trente-sixième législature), p. 1049; *Hansard*, 22 novembre 1999, p. 1591-1592; 1er mars 2000, p. 4210; 3 avril 2000, p. 5619-5620.

(31) Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Mise en œuvre d'une stratégie visant à prévenir le prélèvement à grande échelle des eaux du Canada, y compris les eaux destinées à l'exportation », communiqué, 10 février 1999.

Selon le document d'information diffusé le même jour par le gouvernement et intitulé *Une stratégie visant à protéger les eaux canadiennes*[32] :

> La stratégie reconnaît que la gestion des eaux relève principalement des provinces et que le gouvernement du Canada détient des responsabilités aux termes du *Traité des eaux limitrophes*. Les mesures prises par les gouvernements territoriaux seront aussi importantes, ces derniers assumant une plus grande responsabilité à l'égard de la gestion des ressources en eau. La collaboration est essentielle si l'on veut développer et appliquer une solution pancanadienne permanente au prélèvement d'eau à grande échelle.
>
> La stratégie respecte les obligations commerciales du Canada car elle est axée sur l'eau à l'état naturel (c.-à-d. dans les rivières, les fleuves ou les lacs). À l'état naturel, l'eau n'est pas une marchandise ni un produit et elle n'est pas assujettie aux ententes commerciales internationales. Aucune disposition de l'Accord de libre-échange nord-américain ni de l'Organisation mondiale du commerce n'oblige le Canada à exploiter ses ressources en eau à des fins commerciales ou à en entreprendre l'exportation.

À la conférence de presse annonçant la stratégie, on a demandé au ministre des Affaires étrangères pourquoi, si le commerce international est clairement de responsabilité fédérale, le gouvernement fédéral ne pourrait pas, s'il le voulait, interdire par loi l'exportation des eaux du Canada. M. Axworthy a notamment répondu ce qui suit :

> [TRADUCTION] Une fois que l'on fait cela, que l'on commence à faire cela, l'eau devient une marchandise sujette à toutes les règles commerciales qui remontent au GATT en 1947. Selon moi, cette approche proposée par ceux qui veulent faire de l'eau une marchandise est anachronique. Nous disons que la façon la plus efficace d'agir est de traiter l'eau à l'état naturel. Par conséquent, elle n'est pas soumise aux règles commerciales mais on peut encore la gérer, faire des interdictions et adopter des règlements au besoin. Voilà pourquoi j'ai dit qu'il y avait de la confusion. Le débat relatif à l'ALENA tourne en fait autour de la question de savoir si l'on est tenu ou non d'exporter de l'eau. Il ne concernait pas un vaste système de gestion, mais cette obligation. La déclaration des trois partenaires de l'ALENA en 1993 affirme qu'un pays n'est pas obligé d'exporter son eau en vertu de

---

(32) Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Une stratégie visant à protéger les eaux canadiennes*, document d'information, 10 février 1999. Un autre document d'information intitulé simplement *L'eau*, a été produit par le Ministère à la même date.

> l'accord mais que les règles du GATT qui remontent à 1947 s'appliquent encore…

La stratégie fédérale compte trois éléments :

- la modification de la *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*;
- l'accord pancanadien sur les prélèvements massifs d'eau;
- le renvoi conjoint Canada-États-Unis à la Commission mixte internationale (CMI) pour étudier les effets de la consommation, du détournement et du prélèvement d'eau, y compris à des fins d'exportation, dans les eaux des Grands Lacs.

Comme la stratégie fait spécifiquement référence au « prélèvement massif d'eau » plutôt qu'à l'« exportation d'eau », on peut se demander quelle différence il y a entre les deux et pourquoi le gouvernement fédéral a adopté cette approche particulière? Environnement Canada fournit l'explication suivante[33]. Le terme « prélèvement massif d'eau » fait largement référence aux prélèvements à grande échelle de l'eau par des moyens anthropiques comme des canaux, ainsi qu'à son transport par des bateaux-citernes, des camions-citernes ou des pipelines. Cette eau n'est pas nécessairement exportée. Selon le Ministère, ces prélèvements risquent, directement ou de façon cumulative, de nuire aux bassins versants. Les prélèvements à petite échelle, destinés à des petits contenants portatifs, ne sont pas considérés comme des prélèvements massifs. « L'exportation d'eau » par ailleurs concerne le prélèvement d'eau et son transfert vers d'autres pays dans un but lucratif, qu'il s'agisse de bouteilles, de bateaux-citernes ou de pipelines, ou encore de détournements anthropiques, comme par des cours d'eau et des canaux. Environnement Canada signale que le gouvernement utilise l'expression « prélèvement massif d'eau » (par opposition à « exportation d'eau ») dans sa stratégie parce que :

> ... nous prenons une approche exhaustive pour garantir la sécurité de nos eaux douces. Comme le retrait et le transfert massif d'eau d'un bassin versant naturel peut avoir les mêmes impacts écologiques, sociaux et économiques que l'eau soit destinée à des marchés étrangers ou canadiens, cela inclut des mesures pour empêcher le retrait massif d'eau des grands bassins pour quelque raison que ce soit, qu'il s'agisse du marché canadien ou du marché d'exportation.

---

(33) Canada, Environnement Canada, *Document d'information sur les prélèvements massifs et les exportations d'eau* et *Prélèvements massifs et exportations d'eau : Questions fréquentes*, 2001.

Chaque élément de la stratégie fédérale visant à interdire l'exportation massive d'eau des bassins versants canadiens sera examiné ici.

B. Modifications proposées à la *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*

Le 22 novembre 1999, le projet de loi C-15, loi modifiant la Loi du traité des eaux limitrophes internationales (deuxième session, trente-sixième législature)[34], a été déposé à la Chambre des communes par le ministre des Affaires étrangères l'honorable LloydAxworthy. Le débat en deuxième lecture a eu lieu le 20 octobre 2000 mais le projet de loi est mort au *Feuilleton* au déclenchement des élections le 22 octobre. Un projet de loi semblable, le C-6, a été déposé dans la nouvelle législature le 5 février 2001[35].

La *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*[36] a été adopté à l'origine pour mettre en œuvre le *Traité des eaux limitrophes internationales* (1909)[37] qui crée la Commission mixte internationale (CMI) et prévoit des mécanismes de règlement des différends, en particulier ceux qui concernent la quantité et la qualité des eaux le long de la frontière canado-américaine. Le Traité oblige le Canada et les États-Unis à protéger mutuellement le niveau et le débit naturel des eaux qu'ils partagent. Le projet de loi C-6 vient modifier la *Loi* pour la préciser et permettre une application plus effective du Traité. L'effet principal des changements proposés est d'interdire de façon générale le prélèvement massif des eaux de la partie canadienne des bassins frontaliers. Pour y parvenir, le projet de loi considère que le prélèvement et le transfert des eaux limitrophes modifieraient le débit et le niveau naturel des eaux du côté américain. L'interdiction des prélèvements s'appliquerait avant tout aux Grands Lacs mais également à d'autres eaux frontalières : section du Saint-Laurent, rivière Sainte-Croix, cours supérieure du fleuve Saint-Jean et le lac des Bois.

Même si ce sont les provinces qui ont la responsabilité première de la gestion des eaux, le Traité donne au gouvernement fédéral des pouvoirs clairs sur les eaux frontalières dans

---

(34) On trouvera l'analyse du projet de loi C-15, et de l'information afférente dans le document LS-353F de la Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement.

(35) On trouvera l'analyse du projet de loi C-6, et de l'information afférente dans le document LS-383F de la Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement.

(36) L.R.C. 1985, ch. I-17, tel que modifié.

(37) Le Traité se trouve en annexe de la *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales* L.R.C. 1985, ch. I-17, tel que modifié.

les limites du Traité. Seul le gouvernement fédéral a le pouvoir de remplir les obligations du Traité relativement aux eaux frontalières.

Le 23 novembre 1999, lendemain du dépôt du projet de loi C-15, prédécesseur du projet de loi C-6, le député Bill Blaikie a attiré l'attention du gouvernement sur la motion qu'il avait déposée et fait adopter le 9 février 1999, (cité précédemment) exhortant le gouvernement fédéral à déposer une loi pour interdire l'exportation massive d'eau. Il a signALE que le gouvernement ne répondait pas directement à sa motion; il a demandé pourquoi il : « a abandonné son engagement à l'égard d'un moratoire national sur les exportations de quantités d'eau douce et pourquoi il qualifie maintenant de simpliste l'idée qu'il a appuyée il y a quelques mois à peine? Pourquoi les libéraux ne veulent absolument pas reconnaître qu'à cause de l'ALENA, ils sont incapables d'adopter les mesures qu'ils avaient dit vouloir prendre? » (C'est nous qui soulignons)[38]

Le ministre des Affaires étrangères, l'honorable Lloyd Axworthy lui a notamment répondu :

> ... le projet de loi interdit le captage et le transfert de grandes quantités d'eau. Par contre, le gouvernement n'a pas suivi la recommandation du député et de certains de ses collègues de la côte Ouest qui voudraient transformer cela en une question commerciale, ce qui entraînerait une série de mesures commerciales qui enlèveraient au Canada la possibilité de protéger ses eaux. (C'est nous qui soulignons)[39]

Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international a traité précisément de cette question dans la documentation afférente aux projets de loi C-6 et C-15. Le gouvernement a affirmé publiquement son accord avec les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité des eaux canadiennes mais estime que la meilleure façon d'y parvenir consiste à interdire le prélèvement massif d'eau dans tous les grands bassins versants au Canada. Du point de vue du Ministère, cette interdiction est meilleure qu'un moratoire sur l'exportation massive d'eau parce que : « cela est plus complet, plus écologique, et respecte le partage des pouvoirs et les obligations commerciales internationales du Canada ... de cette façon, les eaux sont protégées avant que la question de l'exportation n'apparaisse ». L'eau serait régie sous sa forme naturelle,

---

(38) Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 23 novembre 1999 (deuxième session, trente-sixième législature), p. 1635.

(39) *Ibid.*

avant de devenir un bien ou une marchandise. Le Ministère voit cela comme une mesure de protection écologique d'application générale, visant à préserver l'intégrité des écosystèmes. On protégerait ainsi l'eau à la source du prélèvement massif et du transfert hors du bassin versant par quelque partie que ce soit, canadienne ou étrangère.

Devant l'argument du gouvernement d'interdire l'exportation massive d'eau du Canada, le Ministère affirme que cette solution rapide et simple en apparence « n'a pas de dimension écologique, présente éventuellement des limites constitutionnelles et pourrait être vulnérable à une contestation commerciale ». Le Ministère maintient que l'interdiction d'exporter « porte sur l'eau une fois qu'elle est devenue un bien et donc sujette aux ententes commerciales internationales. Comme ces ententes limitent la capacité des gouvernements à contrôler l'exportation des biens, l'interdiction d'exporter est vraisemblablement contraire aux obligations commerciales internationales du Canada. Cela s'oppose radicalement à l'approche du gouvernement fédéral »[(40)].

Durant le débat en deuxième lecture du projet de loi C-15, le prédécesseur du projet de loi C-6, à la Chambre des communes, M. Blaikie a fait encore une fois référence à sa motion adoptée le 9 février 1999 sur l'interdiction de l'exportation massive d'eau. Il a notamment affirmé :

> Ce projet de loi a pour objet de prohiber uniquement le captage et le transfert des eaux limitrophes hors de leurs bassins hydrographiques. C'est donc un recul par rapport à l'interdiction d'exporter de grandes quantités d'eau et, même si le gouvernement refusera de l'admettre, ce recul est clairement dû à l'Accord de libre-échange nord-américain. L'utilisation du terme « captage » est très éloquente à cet égard. Les libéraux n'utilisent pas l'expression « exportations », parce que s'ils le faisaient, ils se retrouveraient aux prises avec une cause type aux termes de l'ALENA, puisque l'ALENA traite des exportations. (C'est nous qui soulignons)[(41)]

Comme on l'a signALE, le député Charles Caccia a également continué à réclamer en Chambre une mesure législative fédérale interdisant l'exportation massive d'eau.

---

(40) Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Document d'information : Modifications de la Loi sur le Traité des eaux frontalières internationales.*

(41) Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 20 octobre 2000 (Deuxième session, trente-sixième législature), p. 9329.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Au nom de l'Alliance canadienne M. Deepak Obhrai, a pris la parole durant le débat en deuxième lecture du projet de loi C-15 pour affirmer la position de son parti :

> L'Alliance canadienne estime que les Canadiens devraient conserver le contrôle de leurs ressources en eau et est en faveur d'exempter celles-ci de nos accords internationaux, dont l'ALENA. L'interdiction catégorique d'exporter l'eau irait à l'encontre de l'ALENA, car cette ressource n'en a pas été exclue.
>
> Avant même qu'on puisse envisager d'interdire l'exportation d'eau, un accord parallèle visant à exclure de l'ALENA les ressources en eau devrait être négocié. Jusqu'à ce que l'exclusion existe, nous encourageons les provinces à imposer un moratoire sur l'attribution de permis commerciaux pour l'eau afin que l'eau en grosses quantités ne devienne jamais un bien régi par les dispositions de l'ALENA.
>
> ...
>
> À défaut d'une exemption de l'eau des dispositions de l'ALENA, l'Alliance canadienne appuiera le projet de loi, car il représente la seule initiative viable que le gouvernement fédéral puisse prendre et la seule interdiction constitutionnellement valable, et compatible avec les dispositions de l'ALENA, d'exportation de grandes quantités d'eau. Cependant, je voudrais que le gouvernement propose de vraies solutions à ce problème et fasse preuve d'un peu de leadership pour que l'eau soit exemptée des dispositions de nos accords internationaux[(42)].

C. Accords pancanadiens proposés sur les prélèvements massifs d'eau

Dans sa stratégie sur le prélèvement massif d'eau à partir des bassins versants canadiens, le gouvernement fédéral a proposé un accord pancanadien entre le fédéral, les provinces et les territoires pour interdire le prélèvement massif d'eau, que ce soit pour le marché canadien ou l'exportation, à partir des bassins versants canadiens. À titre de mesure provisoire, le gouvernement a exhorté les provinces et les territoires à instituer un moratoire pour prévenir le prélèvement massif d'eau des bassins versants jusqu'à ce que l'accord soit fonctionnel.

Environnement Canada explique la nécessité d'une approche conjointe par le partage de la responsabilité de l'eau :

---

(42) *Ibid.*, p. 9329.

> Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux se partagent la responsabilité de la gestion des eaux et chacun a un rôle fondamental à jouer dans la protection des ressources d'eau douce du pays. La stratégie reconnaît que la gestion des eaux relève principalement des provinces et que le gouvernement du Canada possède certains pouvoirs législatifs à l'égard de la navigation, des pêches, des terres fédérales et des ressources hydriques partagées avec les États-Unis. Pour leur part, les gouvernements territoriaux jouent un rôle de plus en plus important à l'égard de l'eau compte tenu des responsabilités grandissantes qu'ils assument en matière de gestion des ressources hydriques. Tous les niveaux de gouvernement doivent parvenir ensemble à une solution pancanadienne permanente pour interdire les prélèvements massifs d'eau, notamment pour l'exportation. (C'est nous qui soulignons)[43]

L'accord proposé vise un engagement du fédéral, des provinces et des territoires d'interdire le prélèvement massif d'eau des plans d'eau dont ils ont la responsabilité, par loi ou règlement. L'accord a été discuté aux réunions du Conseil canadien des ministres de l'Environnement en novembre 1999 et en mai 2000. Le Québec et les provinces de l'Ouest ont refusé de l'endosser dans sa forme actuelle mais les fonctionnaires fédéraux signalent qu'à la suite de cette mesure, tous les gouvernements canadiens disposent de lois ou de règlements pour interdire effectivement le prélèvement massif d'eau, ou sont en train d'en adopter, qu'il s'agisse du marché local ou du marché d'exportation, à partir des bassins hydrographiques dont ils sont responsables. Selon les fonctionnaires d'Environnement Canada, cela garanti que les prélèvements et les exportations n'auront pas lieu dans un proche avenir[44].

Comme le gouvernement fédéral est d'avis que l'eau dans son état naturel n'est pas une marchandise, et est donc exclu des accords commerciaux dont l'ALENA, il maintient qu'aucune mesure fédérale ou provinciale réglementant le prélèvement de l'eau dans son état naturel ne serait sujette aux obligations internationales découlant du commerce des biens. Comme on l'a signALE, cette opinion est renforcée par l'avis juridique que la CNI a reçu d'experts du commerce durant la préparation de son rapport sur la protection des eaux des Grands Lacs.

Entre autres députés, M. Charles Caccia conteste l'approche adoptée et a continué de réclamer en Chambre une mesure législative pour interdire les exportations massives d'eau.

---

(43) Canada, Environnement Canada, *Renseignements généraux sur les prélèvements massifs et les exportations d'eau*, 2001.

(44) *Ibid.*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Le 22 novembre 1999, jour du dépôt du projet de loi C-15, (le prédécesseur du projet de loi C-6) il a fait remarquer que celui-ci était d'application restreinte et interdisait les prélèvements massifs dans les eaux frontalières seulement. Il a notamment dit ceci de ses inquiétudes au sujet du projet de loi et de l'accord :

> Tout d'abord, l'accord volontaire proposé ne serait, comme son nom le dit, que volontaire. Il n'obligerait aucune province à protéger nos ressources en eau.
>
> Deuxièmement, l'accord proposé n'interdirait pas les projets d'exportation lancés par des municipalités, des sociétés d'État ou même des entreprises privées. Même si les provinces voulaient interdire les prélèvements et l'exportation d'eau, c'est le gouvernement fédéral qui a le pouvoir constitutionnel de réglementer le commerce.
>
> On peut comprendre facilement que le gouvernement fédéral espère que, si chaque province interdit volontairement l'exportation d'eau en évoquant la protection de l'environnement, les avocats du droit commercial n'y verront que du feu.
>
> ...
>
> L'accord proposé aboutira à un ensemble disparate d'initiatives provinciales, rendant ainsi le Canada plus vulnérable à des contestations commerciales. Le projet de loi qui a été déposé aujourd'hui a, il me semble, une portée trop limitée pour protéger la plupart des nos plans d'eau.
>
> Il semble assez clair que, pour protéger vraiment nos ressources en eau, le gouvernement fédéral doit tenir compte de la réalité des accords commerciaux internationaux. Afin de mettre au point la stratégie la plus efficace pour protéger nos ressources en eau contre l'exportation, je recommande : premièrement, que l'on adopte une loi fédérale conçue spécifiquement pour interdire les exportations massives d'eau du Canada; deuxièmement, qu'on renégocie les accords commerciaux internationaux afin de soustraire l'eau à leur application[(45)].

Le 3 avril 2000, M. Caccia a réitéré son opinion sur cette question en Chambre :

> Maintenant, le gouvernement fédéral entend se fier à la bonne volonté des provinces, de sorte que l'accord volontaire serait sa politique

(45) Canada, Chambre des communes, *Hansard*, 22 novembre 1999 (deuxième session, trente-sixième législature), p. 1591.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> officielle. Il est temps que le gouvernement fédéral agisse dans ce domaine dont il est responsable, car, à la lumière de nos accords commerciaux internationaux, il ne saurait se satisfaire d'un ensemble disparate d'initiatives provinciales. Ce qu'il faut maintenant c'est une stricte interdiction fédérale des exportations d'eau[46].

Comme on l'a noté plus haut, plusieurs observateurs, comme le Conseil des Canadiens, critiquent également l'approche fédérale. Dès l'annonce de la stratégie fédérale de février 1999, la présidente nationale du Conseil des Canadiens, M^me^ Maude Barlow, et son directeur exécutif, M. Peter Bleyer, ont tenu une conférence de presse. M^me^ Barlow a affirmé que le Conseil se réjouissait « que le gouvernement reconnaisse avoir quelque chose à faire », mais qu'il était insatisfait du traitement proposé pour les « exportations d'eau ». Soulignant que le moratoire sur les prélèvements massifs d'eau ne liait pas les provinces, elle a indiqué que si une province décidait de ne pas y adhérer, l'ensemble du plan serait compromis. Elle a poursuivi en disant que la stratégie n'était pas à l'abri du commerce international. À son avis, si une province devait permettre l'exportation de l'eau à des fins commerciales, toutes les interdictions provinciales du pays seraient mises à mal, « parce que seulement la loi fédérale nous exemptant de l'ALENA peut jouer ici ». Selon elle, « cela a été clairement signifié par de nombreux avocats spécialistes du commerce et par M. Axworthy lui-même lorsqu'il était dans l'opposition ». Elle a également affirmé « qu'en n'ayant pas le courage de traiter l'eau comme une question commerciale, mais seulement par le biais de lois sur l'environnement, ... le gouvernement fédéral nous expose à de nouvelles contestations des compagnies étrangères qui cherchent à récupérer des profits »[47].

Par la suite, dans un article intitulé « Ottawa's Leaky Water Policy » publié dans *The Globe and Mail* le 18 novembre 1999, quelques jours avant que le Conseil canadien des ministres de l'Environnement se réunisse pour discuter de l'accord, M^me^ Barlow a exhorté les provinces « à ne pas signer ce document si elles se préoccupent de protéger les eaux du Canada des exportations commerciales ». Elle a notamment affirmé :

---

(46) *Ibid.*, 3 avril 2000, p. 5620.

(47) Conseil des Canadiens, Conférence de presse, *A Plan Full of Holes*, 10 février 1999. Voir West Coast Environmental Law, *Legal Opinion commissioned by the Council of Canadians re: Water Export Controls and Canadian Environmental Trade Obligations*, 17 août 1999.

> Le gouvernement fédéral abdique ses responsabilités. Un accord volontaire ne serait que volontaire et n'obligerait aucune province à protéger ses ressources en eau aujourd'hui ou dans l'avenir, d'une façon significative.

Comme on l'a mentionné, le Conseil des Canadiens a publié *Fact Sheet #1: Trade* dans lequel il affirme notamment que le gouvernement fédéral doit adopter une loi interdisant les exportations massives d'eau, et entreprendre « des négociations ouvertes pour exempter l'eau de l'ALENA ou, mieux encore, abolir l'Accord ».

D. Renvoi à la Commission mixte internationale

La stratégie fédérale d'interdire le prélèvement massif d'eau des bassins versants canadiens (10 février 1999) prévoyait un renvoi par le Canada et les États-Unis à la CMI pour étudier l'effet de la consommation, du détournement et du prélèvement d'eau, à partir des Grands Lacs. Le 15 mars 2000, la CMI a produit le rapport final *Protection des eaux des Grands Lacs*[48]. Ses conclusions et recommandations concordent généralement avec l'approche environnementale adoptée par le Canada. La CMI recommande que les gouvernements « n'autorisent pas de nouveaux projets de prélèvement de l'eau du bassin des Grands Lacs à moins que le promoteur ne démontre que cela ne menacerait pas l'intégrité de l'écosystème du bassin des Grands Lacs ». La Commission recommande d'appliquer des critères stricts, et notamment de considérer dans toute leur importance « l'impact cumulatif des prélèvements proposés, en tenant compte de l'éventualité de propositions semblables dans un avenir rapproché »; en outre, il faut « une perte nette nulle » dans la zone d'où provient l'eau, et également que l'eau qui retourne dans la nature maintienne la qualité des Grands Lacs et ne contienne pas d'espèces exotiques envahissantes. Selon les sources fédérales, ces critères empêcheraient effectivement tout prélèvement massif ou transport à longue distance de l'eau des Grands Lacs[49].

Comme on l'a indiqué plus tôt dans le document, l'étude de la Commission a également examiné si des ententes commerciales internationales telles que l'ALENA et le GATT

---

(48) Commission mixte internationale, *Protection des eaux des Grands Lacs : Rapport final aux gouvernements du Canada et des États-Unis*, 22 février 2000. Le rapport a été divulgué au public le 15 mars 2000. Une version provisoire avait été diffusée en août 1999.

pouvaient influer sur la gestion de l'eau des Grands Lacs. La CMI note qu'après avoir émis son rapport provisoire, elle a reçu du représentant adjoint des États-Unis une lettre datée du 24 novembre 1999 qui affirme notamment ce qui suit :

> …dans le rapport, la CMI formule une recommandation provisoire voulant que les gouvernements fédéraux, les États et les provinces n'autorisent pas de nouvelles ventes ou prélèvements massifs d'eau de surface ou d'eau souterraine dans le bassin des Grands Lacs. À notre avis, la mise en œuvre de cette recommandation ne contrevient pas aux obligations imposées par les accords commerciaux internationaux auxquels les États-Unis et le Canada sont parties.
>
> …l'OMC n'a rien à dire de la décision fondamentale des gouvernements de permettre ou non le prélèvement d'eau des lacs et des rivières de leur territoire(50).

La CMI a fait également référence au document intitulé *Considérations sur le prélèvement à grande échelle et le commerce international* du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international auquel il a été fait référence plus tôt ici. Elle note que ces mémoires sont généralement conformes à son opinion sur l'effet du droit commercial international sur la possibilité que les deux pays protègent les eaux du bassin des Grands Lacs. En outre, elle note avoir reçu des avis juridiques de plusieurs experts du commerce qui expriment des opinions semblables à celles des gouvernements américain et canadien sur la question(51).

Le 15 mars 2000, le jour de la divulgation du rapport final de la CMI, le Conseil des Canadiens le critique dans un communiqué. Il affirme « son profond désappointement au sujet du fait que dans son rapport final, la Commission mixte internationale a raté une occasion historique de parler au nom des citoyens du Canada et des États-Unis ». M. Jamie Dunn, responsable de la Campagne sur l'eau pour le conseil, a notamment affirmé :

> La CMI a rejoint MM. Brian Mulroney, John Crosbie et le ministre fédéral de l'Environnement, M. David Anderson en tentant de convaincre les Canadiens que les accords commerciaux ne menacent pas notre souveraineté sur l'eau. Depuis 1988, les Canadiens ont

(49) Canada, Environnement Canada, *Prélèvements massifs et exportation d'eau – Questions fréquentes*, question 3, 2001.

(50) Commission mixte internationale, *Protection des eaux des Grands Lacs : Rapport final aux gouvernements du Canada et des États-Unis* (22 février 2000), annexe 8.

(51) *Ibid.*, p. 33.

> entendu des choses toujours changeantes sur l'eau et les accords commerciaux. Non seulement la CMI s'est jointe au gouvernement fédéral pour obscurcir cette question, elle a proposé de donner son aval à l'exportation de l'eau malgré l'avis clair du public qui rejette l'exportation massive d'eau à des fins lucratives. Ce que nous avons prévu pour l'eau en vertu du libre-échange en 1988 est en train de se réaliser lentement[52].

CONCLUSION

Comme on l'a mentionné, les trois pays de l'ALENA ont affirmé conjointement et clairement en décembre 1993 que le traité ne s'applique pas à l'eau dans son état naturel c'est-à-dire dans les lacs, les rivières, les fleuves, etc., parce qu'à cette étape, l'eau n'est pas « passée dans le commerce et n'est pas devenue une marchandise » aux fins de l'ALENA. Le gouvernement fédéral a toujours défendu cette position relativement à l'ALENA et à l'accord précédent, l'ALE. Néanmoins, les critiques de cette position continuent fermement à affirmer que l'eau, dans son état naturel, est visée par l'ALENA et que rien de moins qu'un changement à l'accord, accompagné d'une loi fédérale interdisant l'exportation massive d'eau, pourra protéger adéquatement nos ressources en eau. Par conséquent, leurs doléances n'ont pas été apaisées par l'annonce fédérale d'une stratégie en février 1999, qui cherchait à ce que tous les gouvernements du Canada s'engagent à interdire le prélèvement massif d'eau, y compris à des fins d'exportation, à partir des bassins versants du Canada. Par conséquent, le débat entourant les prélèvements massifs d'eau, l'exportation d'eau et l'ALENA continue.

---

(52) Conseil des Canadiens, « International Joint Commission Fails Canadians and Opens Door to Bulk Water Exports », communiqué, 15 mars 2000.